

## COVID-19. TESTAMENTO OLÓGRAFO. TESTAMENTO ANTE TESTIGOS

*M<sup>a</sup> Eugenia Serrano Chamorro*

Catedrática de Escuela Universitaria de Derecho Civil  
Universidad de Valladolid

---

TITLE: *Covid-19. Olograph Testament. Testament before witnesses*

RESUMEN: En la situación decretada de alarma en el estado español muchas personas se han contagiado o han fallecido. Algunas no habían efectuado testamento o deseaban cambiarlo y en vistas de un posible contagio se prohíbe la circulación libre de las personas. Las oficinas notariales están abiertas para casos especiales de urgente necesidad, pero no se permiten las salidas a los notarios. Ante este panorama las personas que deseen testar ¿qué pueden hacer? La normativa jurídica permite el testamento ante testigos y el testamento ológrafo. ¿cuál es la mejor opción? En este trabajo se verán los pros y contra de estas modalidades, haciendo una llamada a la necesidad de adaptar la legislación a unas nuevas formas y medios a través del uso de instrumentos digitales.

ABSTRACT: *In the situation decreed of alarm in the Spanish state many people have been infected or have died. Some had not made a will or wished to change it and in view of a possible contagion the free movement of persons is prohibited. Notary offices are open for special cases of urgent need, but outflows to notaries are not allowed. In this picture, people who wish to test what can they do? The legal regulations allow the will before witnesses and the olographer will. What's the best option? In this work we will see the pros and against these modalities, calling for the need to adapt the legislation to new forms and means through the use of digital instruments*

PALABRAS CLAVE: Adveración, declaración de voluntad, notario, pandemia, protocolización, testamento ológrafo, testigos.

KEY WORDS: *Adveration test, declaration of will, notary, pandemic, protocolization, olographer will, witnesses.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. PRÁCTICA NOTARIAL. 3. ALTERNATIVAS A LA FORMA NOTARIAL DE TESTAR. 4. NOTAS COMUNES PARA EL TESTAMENTO OLÓGRAFO, EN PELIGRO DE MUERTE Y EN CASO DE EPIDEMIA PARA SU OTORGAMIENTO VÁLIDO. 4.1. *Voluntad de testar*. 4.1.1. Voluntad de testar en el testamento en caso de peligro de muerte. 4.1.2. Voluntad de testar en el testamento ológrafo. 4.2 *Capacidad para testar*. 5. DISPOSICIONES ESPECIALES APLICABLES SEGÚN CADA CASO. 5.1. Testamento en caso de epidemia y testamento en peligro de muerte. 5.2 Testamento ológrafo. 6. NOTAS COMUNES POSTERIORES AL OTORGAMIENTO DE ESTOS TESTAMENTOS. 6.1. *Presentación, adveración y protocolización*. 6.2. *Breve esquema de los pasos a seguir para obtener la protocolización de los testamentos ológrafos y testamentos por Covid-19*. 7. LÍNEAS FUTURAS DE ACTUACIÓN. BIBLIOGRAFÍA

---

### 1. INTRODUCCIÓN

Me dispongo a realizar una reflexión sobre la necesidad de actualizar las normas sucesorias de nuestro derecho común. Es muy frecuente comentar entre los expertos o

en jornadas jurídicas la necesidad de una urgente modificación de diversas cuestiones hereditarias. La sociedad actual, por diversas circunstancias, cree conveniente una adaptación de las normas hereditarias a las necesidades del momento. Es bastante frecuente que los padres quieran testar haciendo distinción entre los hijos, si los padres viven más tiempo, si se ha alargado la vida, si las residencias son el negocio futuro, evidentemente un padre puede querer mejorar a un hijo sobre otro si éste le ha cuidado durante cinco, diez o incluso quince años. A un niño se le cuida más tiempo y no se le reclama nada, pero a un padre se le cuida y muchas veces se le reclama una mejora ¿puede establecerse un tratamiento desigualitario en la herencia de los padres? todos sabemos que así es. La preocupación por la actualización de los temas hereditarios hace que se estudien por separado. En estos momentos es preciso plantearse cómo podemos realizar testamento en la situación que se está viviendo en España. Llevamos confinados los españoles más de un mes, no se sabe bien cuanto tiempo vamos a estar así, ni cómo va a cambiar nuestras vidas a partir de este momento. Los españoles están preocupados por la situación de pandemia, estamos pendiente de las noticias, de qué ocurre en España, se hacen informativos especiales, debates, los móviles se colapsan por los correos que se envían, la preocupación es evidente, los datos de fallecidos o contagiados suben a gran escala, se juzgan las medidas tomadas, pero hay que ofrecer alternativas. La Covid-19 ha provocado la muerte de cerca de 26.000 personas en España. Los contagiados ya superan la barrera de los 200.000 de acuerdo a la estadística oficial del Ministerio de Sanidad<sup>1</sup>. La incidencia de la enfermedad está siendo más notable en los mayores de 60 años y la letalidad se concentra en mayor medida en los ancianos de 80 años en adelante. Nadie estábamos preparados para esta pandemia, se veía como algo lejano, se habla de una tercera guerra mundial, ¿cómo vamos a combatir este virus?

El coronavirus Covid-19 ha provocado una crisis sanitaria sin precedentes en todo el mundo. La organización Mundial de la Salud (OMS) ha declarado la crisis del coronavirus como pandemia y en países como España se han establecido medidas para frenar su expansión. Ante estos hechos y los datos de mortalidad es lógico que las personas aisladas, mayores de edad deseen ordenar y disponer de sus bienes para el caso de fallecimiento, máxime si se escuchan los datos de mortalidad, por lo que algunas de estas personas acuden a los preceptos jurídicos para atender sus deseos, ya que siempre se ha dicho es mejor morir testado que intestado. No otorgamos testamento si no creemos que tenemos una causa razonada, sólo si estoy enfermo acudo al notario, una falsa creencia que puede conllevar múltiples inconvenientes. Si estás en tu casa y no has otorgado testamento, si tienes miedo y quieres testar ¿qué

<sup>1</sup> <https://covid19.isciii.es/>

podemos hacer en estas circunstancias? Se está hablando mucho y resucitando el testamento en caso de epidemia que permite nuestro Código Civil (CC), y que parecía estar en desuso<sup>2</sup>. Se alaba el mantenimiento de este precepto en nuestro cuerpo legal, pero a mi modo de ver, como tendremos oportunidad de explicar en este trabajo, es un remedio poco eficaz, que no cubre las expectativas del testador. Por ese motivo me he propuesto realizar, desde mi confinamiento, y con los medios que poseo desde mi casa, unas consideraciones legales al respecto. Al oír hablar tanto de esta forma testamentaria tan poco usada he querido reflejar en este estudio mi opinión personal que va en contra de las alabanzas del testamento en caso de epidemia contemplado en el art 701 CC como forma conveniente y es que una persona que no ha otorgado testamento pudiendo realizarlo en circunstancias normales y asesorado por un experto en derecho ¿cómo puede testar ante el estado de alarma decretado?, no es lo mismo que ya tengas la enfermedad, que te encuentres recluido en casa o en una residencia; en la primera situación te encontrarás sin ganas de otorgar testamento y en la segunda podrás investigar sobre las opciones existentes. Al hablarse tanto del resurgimiento de esta modalidad testamentaria ante situaciones especiales es posible que se piense que sólo existe esta forma de testar y se opte por ella, que se acuda al otorgamiento de esta modalidad con información errónea que nos haga creer que efectivamente se ha otorgado el mismo pero al no cumplir las exigencias jurídicas el testamento así realizado sea ineficaz por la necesidad de acudir a testigos idóneos; el desconocimiento puede hacer que se piense que basta con la intervención de tres testigos, se puede pensar que además se ha ahorrado un dinero insignificante por la no intervención del notario. Realmente el problema es serio, puede dar lugar a confusión por la creencia de hacer un testamento sin los requisitos legales, pues si se lee el art. 701 CC sólo habla de tres testigos, pero hay que saber algo de derecho para matizar que éstos deben ser idóneos y que los hijos no pueden ser testigos. Hay otras modalidades de las que no se habla porque se cree que tienen más inconvenientes, sin embargo son más eficaces, me refiero al testamento ológrafo, por eso creo que realmente es más factible hacer este testamento, que alabar que en el CC no se hubiere suprimido el art. 701. La intervención de testigos en lugar de notario presenta un inconveniente grave que implica la elección de testamento ológrafo como modelo testamentario regulado en el CC en los arts 688 a 693 y permitido también en otros ordenamientos forales, ya que

<sup>2</sup> VELA SÁNCHEZ, ANTONIO J. «El testamento en tiempo de epidemia: cuestiones esenciales». *Diario La Ley*, nº 9629, 11 de mayo de 2020: Decía el maestro LACRUZ que la situación de epidemia se trataba «de un suceso frecuente en otros siglos: hoy, en nuestro país, sólo una catástrofe inmensa podría desencadenar una epidemia con la intensidad y duración que parece requerir la ley» para permitir el otorgamiento de este testamento abierto excepcional. Es más, como premonición terrible de la situación que hoy vivimos peligrosamente, el insigne civilista hablaba de «la presencia masiva y en sus manifestaciones más agudas de una enfermedad epidémica con alto índice de mortalidad, de profilaxis difícil y muy contagiosa

hay que recordar que en Cataluña no se contemplan los testamentos realizados sólo con intervención de testigos<sup>3</sup>

Casualidades de la vida, unos meses antes de declararse la pandemia en España, preparaba una comunicación sobre el testamento con medios digitales en el Congreso Internacional que se organizó en Sevilla sobre Mediación, familia y herencias, que pude defender el 13 de febrero de 2019 y que había escrito pensando en la necesidad de adaptación de nuestro CC a la realidad del momento, urgen nuevas formas de testar para circunstancias excepcionales. El derecho dispone de normas generales pero siempre existen algunas excepciones, y como tal mi postura es abrir el derecho a los medios digitales, dado que en un juicio se permite la prueba de email o de wasap ¿Por qué no podría hacerse un testamento a través de un audio de wasap? este es el planteamiento que expuse en esta comunicación que será publicada en breve en Wolters Kluwers, pero como mira al futuro, no está previsto en la actualidad, hay que ofrecer una solución inmediata para aquellas personas que desean otorgar testamento hoy mismo, no mañana, que tal vez ya sería tarde. Trataré de analizar el panorama legal español para dar respuesta al deseo de otorgar testamento mientras dura el estado de alarma. Valga este artículo para analizar actualmente el modelo testamentario a realizar por causa del covid-19, optando por el testamento en caso de epidemia del art. 701 ya que el testamento del art. 700 para el caso de peligro de muerte en que pudiera encontrarse cualquier persona tiene un tratamiento muy similar, pero requiere de cinco testigos en vez de tres. El inconveniente de encontrar testigos idóneos hace buscar otra alternativa que sería el testamento ológrafo. Esta situación puede hacer reflexionar en otras nuevas modalidades testamentarias o modificaciones de las existentes, como sería variar o aportar variantes al testamento cerrado para permitir una declaración de voluntad con firma digital que pueda ser el testamento del causante, o incluso permitir audios de wasap para circunstancias excepcionales.

<sup>3</sup> Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones expone en su Preámbulo: [ ...] «Respecto a las formas testamentarias, la novedad más relevante, aunque con una trascendencia práctica muy limitada, es la decisión de suprimir el testamento ordinario ante párroco. De esta forma, los tipos de testamentos que pueden otorgarse en aplicación del derecho catalán se reducen a dos: el notarial, en las modalidades de testamento abierto y testamento cerrado, y el hológrafo. Se mantiene vigente, por tanto, la prohibición de los testamentos otorgados exclusivamente ante testigos, sin perjuicio de los casos en que se les pueda reconocer validez de acuerdo con las normas del derecho internacional privado».

## 2. PRÁCTICA NOTARIAL

El RD 463/2020 de 14 de marzo declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (posteriormente se han ido dictando sucesivamente otros Decretos prorrogando dicho estado), prohibiendo salir a las calles salvo excepciones y asumiendo el gobierno y autoridades delegadas importantes competencias. Las notarías y los registros funcionarán, pero el público no podrá acudir salvo contadas excepciones. Se decretan medidas temporales que implican alteraciones graves de la normalidad ante el elevado número de casos de infección. Los ciudadanos no podrán desplazarse a notarías o registros, salvo en situaciones de «fuerza mayor o situación de necesidad», que deberán de justificar, máxime cuando muchos servicios, especialmente en los registros, pueden realizarse a través de internet, como la petición de notas simples o certificaciones. La situación de fuerza mayor o necesidad en las notarías podría darse en casos como la solicitud para autorizar un testamento en peligro de muerte. El notario no puede cerrar el despacho notarial al tener carácter de oficina pública. Se marca la actuación del notario en su oficina con cita previa y cumpliendo las medidas de separación y alejamiento físico recomendadas por las autoridades.

DE LA FUENTE SANCHO<sup>4</sup> expresa que en estos tiempos de epidemia hay muchos casos de personas que requieren a los notarios para atender algún testamento urgente en peligro de muerte o de alguien que quiere otorgar testamento porque está enfermo en cama en su domicilio, que no pueda salir de casa y teme por su vida por ser persona de riesgo o tener una enfermedad terminal, aunque no exista ese peligro de muerte inminente. En esta situación, el notario atiende sólo casos urgentes en su despacho profesional, no pueden salir del despacho, ni ir a un hospital ni a un domicilio particular, así lo dicta la Instrucción de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe pública (antigua DGRN) de 15 de marzo de 2020, en concreto los ciudadanos pueden acudir a las notarías para realizar aquellas actuaciones que por su carácter urgente no pueden ser objeto de dilación. Las medidas a adoptar son: [...] la oficina notarial deberá procurar un teléfono de contacto, así como un correo electrónico para atender tales actuaciones. Estos medios están publicados en la página web [www.notariado.org](http://www.notariado.org). En todo caso, el interesado que considere urgente una actuación notarial deberá contactar por teléfono o en lo posible presentar telemáticamente un escrito en la citada página

<sup>4</sup>DE LA FUENTE SANCHO, ALFONSO, «Testamento en tiempo de epidemia y ológrafo». Informe oficina notarial, marzo 2020. Disponible en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/informes-mensuales-o-n/informe-oficina-notarial-marzo-2020-testamento-en-tiempo-de-epidemia-y-olografo/>[Consulta: 29 de abril 2020]

web en el que deberá indicar sus datos de identificación, incluido teléfono, así como la actuación notarial demandada (norma segunda de esta Instrucción).

Ante estas circunstancias muchas personas desean otorgar testamento, o modificar el existente, pero no pueden otorgar testamento notarial ¿Qué opciones tienen?<sup>5</sup> Muchos expertos hablan del resurgir del testamento en caso de epidemia, se alaba que el art. 701 del CC no se hubiera eliminado en los debates de reforma del CC tras la Ley 11/1990, el gran civilista ALBALADEJO defendió mantener este artículo pues «los bichos igual que se van, vuelven»<sup>6</sup>, modalidad también plasmada en los códigos civiles de Italia y Portugal. Modalidad que permite testar en presencia de tres testigos, sin necesidad de notario al declararse el estado de alarma por la pandemia mundial. A mi modo de ver, el que siga existiendo un precepto legal en nuestro CC no significa que sea la vía adecuada, realmente presenta muchos inconvenientes ¿cómo cumplo con la exigencia de tres testigos idóneos? Si estoy en casa y debo guardar unas distancias ¿quién va a entrar en mi domicilio si además estoy infectado? La dificultad de cumplir las exigencias legales, hace que deba buscar otras opciones. Con la ley en la mano, lo mejor sería otorgar testamento ológrafo, al estar en casa puedo escribirlo y guardarlo, o incluso comunicar al notario o a cualquier persona que se ha efectuado dicho testamento. Su principal inconveniente es la posibilidad de perderse o no encontrarse. Si las normas deben interpretarse conforme a la realidad del tiempo en que han de ser aplicadas (art. 3 CC) ¿sería posible hacer testamento por escrito, escanearle o utilizar la firma digital? ¿valdría como testamento ológrafo? El CC habla de testamento escrito de puño y letra, esta opción no se permite, pero su principal inconveniente de destrucción o pérdida, podría solucionarse si se comunica su redacción al notario a través del teléfono, o mejor de un mensaje de telefonía o por email, facilitaría, aunque no solucionaría, este inconveniente. Considero que las normas sucesorias deben adaptarse a la moderna sociedad digitalizada, pero dado que esto aún no se ha producido, las alternativas existentes en estos momentos son: o acudir al testamento en caso de epidemia o al testamento ológrafo, como expondré más adelante, mi postura es la elección por el testamento ológrafo. En el presente estudio me centraré en las dos

<sup>5</sup> *Idem* VELA SÁNCHEZ, Considera que la posibilidad de realizar este testamento subsistirá no solo mientras esté vigente el estado de alarma, sino mientras se mantenga la situación excepcional que lo fundamenta, esto es, hasta que no esté controlada médicamente la enfermedad, mediante medicación definitiva para su curación o por la existencia de vacuna segura. En mi opinión esta posibilidad existirá mientras no pueda acudir al notario, por lo que dependerá del estado de alarma, de momento hay incerteza, y se va prorrogando.

<sup>6</sup> LÓPEZ-GALIACHO PERONA, JAVIER. «La rabiosa actualidad del testamento en caso de epidemia». <https://hayderecho.expansion.com/2020/03/20/la-rabiosa-actualidad-del-testamento-en-caso-de-epidemia/> [Consulta 27 de abril de 2020]. Indica que es una modalidad de testamento tan excepcional como lo es esta época en la que tristemente estamos inmersos.

opciones antes citadas y trataré de apuntar los problemas y exigencias que se pueden vislumbrar desde la práctica jurisprudencial acudiendo a supuestos reales, implorando la necesidad de una revisión de estas formas testamentarias para adecuarse a la sociedad informatizada. Analizaré estas modalidades no de forma exhaustiva (no pretendo explicar sin más estas modalidades)<sup>7</sup>, sino centrarme en los aspectos que se acercan a la situación actual de pandemia en el estado español.

### 3. ALTERNATIVAS A LA FORMA NOTARIAL DE TESTAR

La forma más corriente de hacer testamento es en presencia de notario<sup>8</sup>, -pues nos ayuda a la hora de plasmar debidamente nuestra voluntad, nos orienta en el caso de no hacer el testamento ordinario a favor de los hijos por partes iguales<sup>9</sup>. Conocido como testamento abierto, es el más utilizado, pero también existe el testamento cerrado en presencia de notario o el ológrafo escrito por el mismo testador sin presencia de nadie más.

Los testamentos se clasifican en función de sus formalidades<sup>10</sup> en comunes y especiales. Los testamentos antes citados: abierto, cerrado y ológrafo son los comunes u ordinarios. El abierto también se conoce como testamento notarial por hacerse ante él de forma oral o nuncupativo ya que el testador expresa de forma oral su deseo testamentario, se manifiesta su voluntad por medio de la palabra. También son

<sup>7</sup> La profesora TORRES GARCÍA, TEODORA F. escribió una brillante monografía sobre el testamento ológrafo que fue su tesis doctoral publicada en la editorial Montecorvo en el año 1977, ha comentado en varias obras los arts del CC sobre este testamento. Por este motivo mi intención es ver los pros y contras de las modalidades existentes en nuestro derecho civil.

<sup>8</sup> GARRIDO MELERO, MARTÍN, «Capítulo 9 El testamento y sus formas en *Instituciones de derecho privado*», (dir.) Garrido de Palma, Víctor M, tomo V, vol 3º, Civitas Thomson -Reuters, Pamplona, 2018 pp. 41-430. *op. cit.* pág. 109: "La mayoría de los testamentos que se formalizan en España se hacen en forma abierta ante notario. En determinadas ocasiones la ley autoriza que personas que no son notarios puedan ejercer funciones notariales, autorizando testamentos y codicilos. Se trata del caso de los agentes diplomáticos o consulares de España en el extranjero (art. 734 CC) o de los capitanes, capellanes o facultativos en el caso de los testamentos militares; o del contador de los buques de guerra o capitán de los buques mercantes en el caso de los testamentos marítimos.

<sup>9</sup> HORNERO MÉNDEZ, CÉSAR, «¿Cualquiera puede hacer testamento? Comentario a la Sentencia del TS de 24 de noviembre de 2004 (RJ 2004, 7554)», *Revista de Derecho Patrimonial*, 2005, nº 15. Expresa que no cabe duda que también los abogados son, cada vez más, consultados acerca de las posibilidades con las que cuenta un cliente que quiere testar y quiere conocer la viabilidad de una u otra forma de repartir sus bienes.

<sup>10</sup> RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M. EUGENIA, «Validez del testamento en inminente peligro de muerte y revocación del testamento notarial anterior», *Revista de Derecho Patrimonial*, 2006, nº 16, BIB 2006\72. El formalismo del testamento es el modo de garantizar la veracidad y autenticidad de la última voluntad del causante, y de evitar confabulaciones e influencias sobre dicha voluntad. La intervención del notario es uno de los instrumentos que asegura el cumplimiento de las formalidades legales, al servicio de esos objetivos.

testamentos orales el testamento en caso de epidemia (art. 701 CC) y en peligro de muerte (art. 700 CC)<sup>11</sup>, son estas dos normas excepcionales en que se reconoce validez al negocio sin intervención notarial por la perentoriedad de la situación y el deseo de que se pueda realizar la disposición testamentaria.

La historia nos ayuda un poco a conocer como han actuado los hombres, GARRIDO MELERO<sup>12</sup> efectúa un recorrido de las diferentes fases evolutivas del testamento, indicando que en Roma la sucesión legítima o familiar fue la única forma de suceder y sólo en una fase posterior apareció la sucesión testada. Evidentemente los padres suelen dejar sus bienes a sus hijos, pero si hay varios descendientes puede existir desigualdad entre ellos, es lógico que el testador quiera ordenar su sucesión. Ya en el Fuero Juzgo se admitió el testamento de palabra ante testigos sin escribirse nada. En el Ordenamiento de Alcalá se establecen tres formas de testamento nuncupativo antes testigos que debían ser vecinos, y aquellos que no fueran vecinos por no poder encontrarse más. es decir, se hablaba de cinco vecinos, tres vecinos y escribano, o tres testigos si necesidad de escribano.

Nuestro CC consagró como forma ordinaria el testamento notarial antes testigos, si bien esta formalidad ha ido variando hasta llegar a las formas actuales. Lo normal es que una persona personalmente y con las formalidades legales otorgue el testamento, conllevando una seguridad jurídica plena. La presencia de testigos se va suavizando ya que el propio testador suele preferir que nadie se entere de su voluntad testamentaria para que en vida no se produzca ningún rechazo o controversia. El panorama va cambiando desde la reforma operada sobre la regulación del testamento abierto como consecuencia de la Ley 30/1991 de modificación del Código Civil en materia de testamentos, a partir de la cual la presencia de testigos, antes prescriptiva, ha devenido en meramente potestativa u obligatoria sólo en los supuestos del art. 697 CC. Esta reforma, como se señala en el preámbulo de la Ley, recogería «el deseo generalizado de hacer posible mayor grado de discreción y reserva para un acto tan íntimo como la disposición de última voluntad y se suprime como requisito general el concurso de los testigos, con el testador y el notario, en la formalización del testamento. Sin embargo, sigue siendo necesario el concurso de los testigos cuando no sabe o no puede leer o no sabe o no puede firmar, cualquiera que sea la causa».

Se acude a un notario cuando tienes claro la forma de disponer y tu deseo de testar, pero a veces pueden surgir cuestiones excepcionales que determinen el deseo de

<sup>11</sup> Menos utilizados, pero dentro de esta categoría se encuentra el testamento militar y el marítimo.

<sup>12</sup> *Idem* GARRIDO MELERO, *op.cit.*, pp 43 y ss.

testar sin que se pueda acudir a las formas ordinarias. Si hay una enfermedad grave inminente y drástica con peligro de muerte para una o varias personas o bien enfermedades contagiosas graves para los habitantes de un país, como ocurre en el momento presente del estado español, ambos testamentos (en peligro de muerte y para caso de epidemia se hacen de forma oral ante testigos, la diferencia es el número de testigos, a mi modo de ver bastante elevado para un supuesto posiblemente imprevisible y que requiere una actuación rápida, además hay que tener muy en cuenta que hablamos de testigos idóneos, esto es, que no tienen interés en que el testador disponga de sus bienes de una u otra manera, sólo participan para ver cumplida la voluntad testamentaria, la cual posteriormente debe refrendarse con unos pasos legales posteriores<sup>13</sup>; es decir, comprobar que el testador quería realmente testar y esa era su última voluntad. La Ley Notarial (en adelante LN) en su última reforma efectuada por la Ley 15/2015 de 2 de julio se acerca a la realidad social hablando de la voluntad testamentaria consignada en nota, memoria o soporte magnético o digital. Este precepto podría abrir la puerta a una nueva modalidad testamentaria: el testamento digital, la utilización de los sistemas de mensajería instantánea como WhatsApp o Facebook Messenger permitirían en circunstancias especiales poder otorgar testamento y ver cumplida la libre y sana voluntad testamentaria. De ahí la llamada a legalizar esta modalidad dado que la LN en la redacción de 2 de julio de 2015 permite el soporte de grabación de la voz, audio o video que contenga las últimas disposiciones del testador (art. 64.3 ap 2), precepto enmarcado en el trámite posterior al fallecimiento del causante para la presentación, adveración, apertura y protocolización de los testamentos otorgados en forma oral. Si se permite el testamento otorgado en una tarjeta de visita, o en una carta de amor, -según STS- podrá hacerse a través de un mensaje de voz, debiendo comprobarse que esa voz es del testador.

Me centraré en el testamento en caso de epidemia y peligro de muerte, así como en el testamento ológrafo, todos ellos como candidatos a ocupar un primer puesto a la hora de otorgar testamento en el estado actual, al impedirse que el notario pueda otorgar testamento por no incluir a los mismos dentro de los actos urgentes y necesarios; el notario no puede dar asistencia ni en las casas ni en los hospitales a fin de otorgar testamentos, la obligación es sólo para actuaciones en su oficina. Hablaré de las características más relevantes de los mismos. Los tres tienen notas en común: voluntad de testar verdadera y clara, libre y consciente, previa al otorgamiento del mismo y mientras se otorga, pues si posteriormente se cambia de opinión habría que realizar otro, el testamento es revocable en cualquier momento y tantas veces como se estime

<sup>13</sup> De la presentación, adveración, apertura y protocolización de los testamentos cerrados, ológrafos, orales.

conveniente. Analizaré la voluntad de testar necesaria e imprescindible en cualquier forma de testamento. Como trámite ulterior se requiere la presentación, adveración y protocolización de estos testamentos, tras la Ley 15/2015 de 3 de julio de la Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV) se regula en los artículos 57 a 60 de la LN para los cerrados; 61 a 63 para los ológrafos, y 64 y 65 para los orales. Son normas muy similares que varían en función de los requisitos de cada uno de los testamentos, pero que todos han de realizarse tras la reforma de la LN ante notario, ya no judicialmente.

Ofreceré un apartado general de disposiciones comunes a los tres testamentos y unas disposiciones particulares según estemos ante testamento oral con testigos o sin ellos, todos ellos englobados en testamentos comunes sin intervención de notario, cuando lo deseable es que en la medida de lo posible siempre actúe este profesional ya que evita muchos problemas posteriores, en el lenguaje coloquial se dice que los testamentos son fuente de disputas familiares, dejar bien redactado un testamento -aunque no solucione- ayuda mucho ante las futuras controversias posibles que puedan surgir, la ventaja que se suele manifestar de ahorrarse el coste del notario, no es tal, dado que el trámite final referente a la presentación, adveración y protocolización es mayos.

Las legislaciones forales con competencia en materia de sucesiones se remiten casi todas en esta materia al Código Civil (Aragón, Navarra, Baleares, Galicia y País Vasco)<sup>14</sup>, que es de aplicación supletoria. Sin embargo, en Cataluña están expresamente prohibidos los testamentos ante testigos (artículo 421.5.3 de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones), por lo que, las personas con vecindad civil catalana no podrán otorgar el testamento en tiempo de epidemia, al menos en territorio de Cataluña, siendo viable la opción del testamento hológrafo previsto en el art. 421-17<sup>15</sup>.

En efecto y también a la luz de las regulaciones contenidas en las legislaciones civiles extranjeras de nuestro entorno jurídico, para que proceda este testamento abierto especial en caso de epidemia del artículo 701 CC, basta con que el testador se halle en la zona de contagio que, significativamente en nuestros días, es casi el mundo entero.

<sup>14</sup> En el País Vasco existe el testamento en peligro de muerte o hilburuko ante tres testigos regulado en el artículo 23 de la Ley 5/2015 de 25 de junio de derecho civil vasco, que es similar al de epidemia.

<sup>15</sup> El Preámbulo de Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones al referirse a la ineficacia de los testamentos expone: «[...] Este precepto atribuye rango legal a la doctrina jurisprudencial, particularmente relevante en los testamentos hológrafos, que evita su nulidad cuando falta la expresión de la fecha y del lugar, siempre y cuando estos datos puedan acreditarse de alguna otra forma. Se fija un plazo general de caducidad de cuatro años para las acciones de nulidad.».

Así, el artículo 2220 del Código Civil portugués permite esta forma especial de testamento «por encontrarse (el testador) en lugar de gran epidemia»; el artículo 609 del Codice italiano lo autoriza «porque se encuentra (el testador) en un lugar donde domina una enfermedad reputada infecciosa», situaciones de público infortunio, finalmente, el artículo 985 del Code francés, más certero y completo, reconoce que esta extraordinaria modalidad testamentaria puede ser realizada «por cualquier persona afectada por esta enfermedad o situada en los lugares que están infectados»; el Código Civil holandés de 1992, en su art. 995, dice que «En caso de que alguien se encuentre en cuarentena o no pueda salir de casa, y por lo tanto no pueda realizar testamento por las vías normales, como consecuencia de una catástrofe, o epidemia, u otras circunstancias que no sean habituales [...]».

#### 4. NOTAS COMUNES PARA EL TESTAMENTO OLÓGRAFO, EN PELIGRO DE MUERTE Y EN CASO DE EPIDEMIA PARA SU OTORGAMIENTO VÁLIDO

Tras la declaración del estado de alarma por el covid-19 las referencias al peligro de muerte son constatables por el número de muertes acaecidas; la evidencia de la epidemia se ha acreditado por Decreto, por lo tanto, estas dos modalidades permiten otorgar testamento sin intervención notarial ya que no se puede acudir a los notarios. Ambas modalidades se podrían refundir en la opción más ventajosa que es la referencia al testamento en caso de epidemia previsto en el art. 701 CC, con las prescripciones marcadas en los preceptos 702 a 705 CC, si ya es difícil encontrar a tres testigos por las medidas previstas de seguridad, mayor dificultad será la presencia de cinco testigos, por lo que limitamos la opción testamentaria al testamento en caso de epidemia o al testamento sin testigos, escrito por el mismo testador: ológrafo. No obstante, dado que el CC recoge normas comunes para el testamento en caso de epidemia y en peligro de muerte haremos a lo largo de este trabajo referencias de forma separada, aunque entendemos que se podrían reunificar a fin de sentar las bases de actuación legal.

##### 4. 1. *Voluntad de testar*

Toda persona puede planificar y ordenar la transmisión de sus bienes para después de su muerte a través del testamento de forma voluntaria y libre, de esta manera hablaríamos de una voluntad testamentaria. Para los supuestos de los arts. 700 a 703 CC esa voluntad se incorporará posteriormente a un documento, debido al carácter formal y solemne del mismo.

El negocio jurídico testamentario es una voluntad planificadora de la sucesión *mortis causa*, una voluntad que va a requerir necesariamente una declaración con eficacia

*mortis causa*. No hay que confundir voluntad de testar con testamento propiamente dicho. La voluntad pone en marcha el mecanismo para la existencia del testamento. Debe existir una voluntad clara, deliberada y libre de testar.

El testador debe tener claro que realmente quiere y desea hacer testamento y esa voluntad debe reflejarse en el testamento para que no se tenga duda. A la voluntad real y efectiva de testar ha de unirse el que se produzca una declaración de voluntad negocial o dispositiva ordenando su propia voluntad. Lo importante es su voluntad de hacer testamento como lo veremos en varias sentencias del TS. Además, debe tener la capacidad necesaria para testar. El testamento es la real y cierta expresión de la voluntad de quien lo otorga. Por este motivo es aconsejable que se exprese de forma clara e inequívoca que se quiere testar: Deseo otorgar testamento [...]. quiero que estas declaraciones valgan como testamento [...], es decir, ante todo claridad, que no admitan dobles interpretaciones.

Como he dicho el reflejo de hechos sucedidos se aprecia en los casos reales, se tiene constancia por lo tanto en los supuestos planteados en los juzgados, de ahí la importancia de nuestra jurisprudencia. Para saber la validez de estos testamentos hay que acudir a las sentencias, ejemplo del día a día de las pretensiones solicitadas, pues la interpretación de los preceptos jurídicos es clave para comprender el derecho y saber las orientaciones o líneas jurisprudenciales mayoritarias.

Así en la STS (1<sup>a</sup>) de 8 de julio de 1940<sup>16</sup> se afirma como sintetiza Garrido Melero<sup>17</sup> que la necesidad de la voluntad de testar sea un acto definitivo y no un mero proyecto; que conste con claridad la intención de testar, esto es, de disponer para después de la muerte del declarante; buscar esa voluntad a través de las palabras del testador, es indiferente el modo y términos con que el testador se exprese, siempre es necesaria la esencia de la disposición *mortis causa* en sus palabras. En el presente caso el testador escribe un documento origen de la cuestión litigiosa que expresa una petición, «se ruega deshagan el apunte presiones sufridas [...].se ruega que se eche en un olvido [...]» indicando el TS que no ha existido intención de disponer *mortis causa*, pues se habla de términos de ruego, no de ordenación y mandato; si bien creo que este ruego debe

<sup>16</sup> STS (1<sup>a</sup>) de 8 de julio de 1940 (RJ 1940,689).

Análoga es la STS 10 de diciembre de 1956 (RJ 1956, 3860) que afirma que «[...]No es verdadero testamento el acto en que, aun presentando la forma externa de tal, pueda dudarse si constituye un simple esbozo o proyecto y no un acto definitivo o en que el otorgante se limite a aconsejar o rogar respecto del destino de su patrimonio, y que el testamento no valdrá como tal si no consta con claridad la intención de testar».

<sup>17</sup> *Idem*, GARRIDO MELERO, *op. cit* p. 69.

entenderse realmente como una voluntad, pues muchas personas utilizan esa forma de hablar; rogar significa pedir. Rogar es pedir con humildad y como favor según la Real Academia de la Lengua. Expresas un deseo, solicitas, emites una declaración de voluntad ya que los trámites testamentarios ya no dependen de ti, en cambio la ordenación si es intencional, esta persona quería cambiar su testamento y solicita a un beneficiario que realice las gestiones pertinentes para atender a su voluntad.

Respecto a si debe evitarse la presencia física del beneficiario del testamento en el momento de otorgar el mismo, se plantea por parte de la doctrina si puede dar lugar a una presión o vicio del consentimiento a lo que la DGRN en la Resolución de 6 de marzo de 1997<sup>18</sup> respondió que en la práctica notarial española se excluye la presencia del beneficiario en el acto de otorgamiento del testamento, esa no presencia del beneficiario no sólo no viene configurada en el CC como requisito de validez del testamento, sino que, por una parte, algunas de las formas testamentarias reguladas en él son claramente compatibles con dicha presencia y, por otra, esa circunstancia en modo alguno puede afirmarse que menoscabe la libertad del disponente dada la incondicional facultad revocatoria que éste conserva. En mi opinión, en determinados casos si puede influenciar o condicionar las declaraciones efectuadas, dependerá del carácter y forma de ser de cada persona, esta apreciación puede ser que los testigos la noten en cuyo caso puede ser que la voluntad no esté formada libremente, o que en el breve tiempo que se emite la declaración no perciban ninguna incomodidad por su presencia.

GIL RODRÍGUEZ<sup>19</sup> pone de manifiesto los problemas de canalizar una verdadera voluntad dispositiva en los testamentos realizados ante testigos *-in articulo mortis-* indicando que estamos una pura forma sin contenido, o lo que es lo mismo, nudo contenido carente de formalidades/garantías. Es más, el mantenimiento de esa simplicidad normativa de la referida ceremonia ha generado y acrecentado una franca desconfianza por parte de autores y tribunales respecto de los intereses hereditarios que tratan de buscar tutela a su cobijo.

<sup>18</sup> DGRN en la Resolución de 6 de marzo de 1997 (RJ 1997.2033).

<sup>19</sup>GIL RODRÍGUEZ, JACINTO, «Comentario a la sentencia de 4 de noviembre de 2009 (RJ 2009, 5835)», en *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2010, nº 83, BIB 2010\652. Manifestando que según la vieja STS de 6 de noviembre de 1929 (JC, t. 109, núm. 10, p. 64), «las formas de los testamentos, o sea, sus solemnidades tienen por objeto asegurar la verdad legal y facilitar la expresión de las últimas voluntades, de donde se deduce que nunca puede ser indiferente la forma de testar, porque pueden prestarse al fraude y a la mala fe». Añade este autor que, si se repasan los pronunciamientos específicos recaídos en las últimas décadas, no habrá duda de que el Tribunal Supremo se ha servido con preferencia de la racional (im)posibilidad de que concurriera notario para argumentar su fallo.

La STS (1<sup>a</sup>) de 21 junio.2018 <sup>20</sup> se plantea si hay voluntad del testador *animus testandi*, pues al interpretar el testamento en primera instancia se dice que no se habla de testar y si de donar, habla de escrito no de testamento, el TS dice que no hay que tratar de analizar las palabras exactas en su sentido gramatical, lo que hay que hacer es descubrir la voluntad real expresada en el documento en el momento de su redacción. Concluye su FD 6<sup>o</sup> que revela la voluntad de testar con la expresión «deseo expresamente donar a mi hijo José Augusto, además, las siguientes propiedades».

Esta voluntad la analizamos mejor con algún ejemplo jurisprudencial, expondré este requisito con ejemplos reales en los distintos modelos que estamos analizando.

#### 4.1.1. Voluntad de testar en el testamento en caso de peligro de muerte

En la STS (1<sup>a</sup>) de 12 mayo 1945.<sup>21</sup> se habla de la validez de un testamento en peligro de muerte apreciando propósito de testar y demás exigencias legales. En su Considerando (en adelante Cd) 1<sup>o</sup> afirma que la otorgante tuvo el propósito de testar, su estado de lucidez mental era perfecto, no fue coaccionada y quiso instituir heredero único al actor. Es decir, el propósito se identifica con las instrucciones dadas por la testadora al designado como heredero y están presentes en el acto de otorgamiento de testamento. Por lo que parece identificar el propósito con la declaración efectuada. Ahora bien, un propósito es una intención futura y lo que hay que constatar es la real declaración de testar, que se materializa en el momento que emite dicha declaración.

En la STS (1<sup>a</sup>) de 4 de noviembre de 2009<sup>22</sup>, comentada por SALAS CARCELLER<sup>23</sup>, se declara que no hay testamento válido porque carece de expresión la voluntad testamentaria. La pretendida voluntad no reúne los requisitos de forma necesarios para su validez

<sup>20</sup> STS (1<sup>a</sup>) de 21 junio.2018 (RJ 2018\323).

<sup>21</sup> STS de 12 mayo 1945 (RJ 1945\578).

<sup>22</sup> STS de 4 de noviembre de 2009 (RJ 2009\5835).

<sup>23</sup> SALAS CARCELLER, ANTONIO, «Un caso de ineficacia de testamento otorgado en peligro de muerte. (Comentario sobre la STS, 1<sup>a</sup> de 4 noviembre 2009 (RJ 2009, 5835))», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2010, nº 4. Afirma que evidentemente existía una voluntad manifestada por el causante pero la misma no había quedado expresada en forma legal que gozara de las garantías exigibles para producir el efecto pretendido tras su fallecimiento.

Esta misma sentencia ha sido comentada por Gil Rodríguez, Jacinto, «Comentario a la sentencia de 4 de noviembre de 2009» en *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2010, nº 83, pp 1185-1202 y por Prats Albentosa, Lorenzo, «Sobre el cambio de paradigma del “soporte” en que la voluntad “testamentaria” quede contenida y su validez. A propósito de la STS 4 de noviembre de 2009», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2012, nº 8, pp 211-219.

como testamento, los hechos a tener en cuenta son trasladables en línea similar al que estamos viviendo desde marzo de 2020 en España:

El 27 de marzo de 2001 D. Dámaso, que se hallaba ingresado en la UCI del Hospital de la Cruz Roja en Murcia, quiso otorgar testamento. El médico requirió a cuatro personas para oír al testador y, presentes cinco testigos, el enfermo declaró que quería que su última voluntad fuese la que había manifestado en su domicilio unos días antes a la oficial de la Notaría de Santomera. Ésta habría recogido en unas notas las previsiones sucesorias del causante, que se archivaron en un documento informático, en el ordenador de la notaría, pero no se llegó a elevar a testamento debido a la mala salud del declarante, que hubo de ser ingresado. En el hospital se extendió el siguiente documento, que figura sólo en fotocopia: "D. Dámaso desea que se cumpla el borrador que existe en la Notaría de Santomera con Pili. Este documento lo firma en la UCI del Hospital General en presencia del personal sanitario de guardia. Posteriormente se instó la protocolización de este documento por medio de expediente de jurisdicción voluntaria, si bien se entendió que aquel documento no podía considerarse testamento abierto otorgado en peligro de muerte, porque los testigos desconocieron los términos testamentarios y disposiciones patrimoniales que se contenían en el borrador depositado en la Notaría, por lo que faltaba la «manifestación última» de voluntad del testador.

En todas las instancias se indica que la voluntad del difunto de que fuera válido un borrador que constituía un resumen de lo que había manifestado a la oficial de la notaría a la espera de otorgar testamento, carece de la verdadera voluntad testamentaria. En su F D 1º se dice: [...] no reúne los requisitos de validez necesarios ya que no cumple lo establecido en el art. 671 CC, porque su contenido es inexistente «por cuanto se remite a disposiciones que son nulas al constar en un borrador que no reúne los requisitos del testamento ológrafo».

En su F D 3º señala: [...] «el problema real que presenta el actual recurso de casación no se refiere a la forma, sino al contenido del testamento, puesto que lo que se discute aquí es si existió o no auténtica voluntad testamentaria». El testamento otorgado ante testigos cuando el testador se hallare en peligro de muerte, previsto en el art. 700 CC, constituye una modalidad del testamento abierto, en el que se sustituye la presencia del notario por la de cinco testigos. A tal efecto el art. 679 CC define este testamento de la siguiente manera: «Es abierto el testamento siempre que el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto, quedando enteradas de lo que en él se dispone». y el art. 700 CC dispone que cuando el testador se hallare en inminente peligro de muerte, «puede otorgarse testamento ante cinco testigos idóneos, sin necesidad de Notario». Al tratarse de un testamento abierto, debe cumplirse lo establecido en el art. 695 CC, que exige que el testador manifieste oralmente o por escrito su voluntad ante el Notario, sustituido en este caso por los

cinco testigos, que de hecho cumplen el mismo rol. Esta manifestación constituye la declaración de voluntad precisa para la existencia de testamento. Añadiendo

«En el caso actual, el difunto declaró que quería que valiera un borrador, que ni tan solo había escrito, sino que constituía un simple resumen de lo que había manifestado a la oficial de notaría, a la espera de otorgar testamento. Sentencias antiguas de esta Sala, como las de 9 marzo 1908, 30 septiembre 1911 y 6 noviembre 1929 dicen que si no se había probado "el propósito serio y deliberado" que tuviera el causante de otorgar su voluntad, ni que los testigos oyeran simultáneamente todas las disposiciones que quería que tuviesen como expresivas de aquélla[...].En consecuencia no procede considerar que se nos hallemos ante un testamento válido porque carece de expresión de la voluntad testamentaria y la pretendida voluntad no reúne los requisitos de forma necesarios para su validez como tal testamento».

En el presente caso creo que el testamento no valdría porque se ha podido llamar al notario para que otorgara el testamento, es decir, hay peligro de muerte, pero entiendo que igual que se ha podido buscar a cinco testigos, hubiera sido mejor llamar a un notario y este problema se hubiera solucionado. ¿Por qué no se llamó al notario? ¿se llamó y no pudo acudir a tiempo? En cualquier caso, el testamento se realizó en presencia de cinco personas y no tres, o dos, el número de personas-testigos era el correcto ¿Quién les asesoró? Aparentemente la exigencia formal se cumplió, peligro de muerte, ante cinco testigos. Los testigos redactaron un documento muy sencillo, quizá no consideraron necesario extenderse demasiado en su redacción, pues el borrador existía y estimaban suficiente la remisión a dicho borrador. Mi pregunta es: ¿la voluntad de testar es clara?, se han llamado a los testigos, y ha manifestado el deseo de otorgar testamento. Si su declaración es libre, voluntaria y formada conscientemente debiera valer esa voluntad de querer otorgar testamento, habría que averiguar si los testigos han creído realmente que la voluntad existía, si apenas podía hablar, le resulta más sencillo hacer dicha remisión, puesto que el causante estaba convencido de que su voluntad estaba clara «quiero-deseo» hacer testamento conforme a los datos obrantes en la notaría,<sup>24</sup> tal vez le costase hablar pero su deseo era evidente, por eso habría que indagar en esa declaración firme así otorgada, son testigos legos en derecho, ninguno preguntó cuál era su voluntad y creían que dicha declaración era correcta, es más una persona otorga testamento cuando desea en cierta medida hacer cambios legales de libre disposición, de lo contrario la sucesión

<sup>24</sup> Por analogía al testamento llamado Hil Buruko en su art. 23.2 por razones de urgencia del caso, trasladadas al caso concreto esta urgencia puede ser que el testador no pueda hablar apenas o tengas dificultades graves para ello, por lo que le resulta más sencillo realizar esa remisión: "Mi voluntad testamentaria es hacer un testamento conforme a las instrucciones marcadas en el borrador notarial", interpretación que podría plantear serias dudas.

intestada recogería lo que el estado dispone, es decir, el padre que reparte la herencia a favor de tres hijos sin distinción en testamento, equivale al mismo tratamiento que tendría en la sucesión intestada, el procedimiento es más lento pero al final reciben lo mismo. La persona que hace testamento normalmente es porque quiere agilizar los trámites o quiere establecer variantes o distinciones entre sus sucesores.

El art. 679 no ofrece dudas: el testador manifiesta su voluntad ante las personas que deben autorizar el acto, quedando enteradas de lo que en él se dispone. Este precepto está incluido en el capítulo primero de los testamentos, en su sección tercera: De la forma de los testamentos, en base al que se exige el conocimiento exacto, no una referencia al borrador o resumen de su intención al expresar la validación de un borrador en la notaría que ya existe. De ahí que el tema probatorio sea fundamental, dado que los testigos no saben bien cómo actuar, la forma más sencilla de redactar -si se ve al testador enfermo-, es remitirse a un borrador en la notaría, y no proceder a su redacción exacta desconociendo que este hecho pueda desencadenar la nulidad del testamento, por lo que habría que averiguar si realmente los testigos quedaron enterados de su contenido o no.

PRATS ALBENTOSA<sup>25</sup>, al comentar esta sentencia hace una reflexión muy acertada sobre la eventual admisibilidad en el CC de una manifestación de voluntad, con pretendida eficacia testamentaria, contenida, tan solo, en un soporte electrónico. Es decir, a la eventual admisibilidad del testamento cerrado, en el que la voluntad testamentaria se encuentre expresada y contenida en un documento electrónico de texto, firmado con firma electrónica reconocida. Y, en segundo lugar, a la eventual admisibilidad del testamento cerrado en el que la voluntad testamentaria se exprese oralmente, mediante una secuencia de voz o de voz e imágenes, grabada y contenida en un documento electrónico firmado con firma electrónica reconocida.

Se apoya en la disposición general en materia de interpretación normativa contenida en el art. 3 CC, pues los criterios sistemático y sociológico de interpretación de las normas deberían llevar a reflexionar sobre qué requisitos tendrían que exigirse a la

<sup>25</sup> *Idem* PRATS ALBENTOSA, se plantea el poder otorgar documento para validar el borrador existente en la notaría. Una interpretación literal de las disposiciones del Código civil conduciría a su rechazo, pues no sólo es que no se encuentra comprendida, expresamente, esta posibilidad, sino que la estricta expresión de los preceptos que regulan el testamento cerrado y su vinculación al momento en el que se aprobaron sus disposiciones, hacen que, literalmente, la voluntad testamentaria, en ese tipo de testamento, haya de expresarse por escrito, que habrá de quedar impresa o fijada en papel, y, además, en el acto de su otorgamiento deberán cumplimentarse las solemnidades legales previstas bajo pena de nulidad (art. 715CC).

manifestación de voluntad de un particular, contenida en un soporte o dispositivo electrónico, para que pudiera reconocerse el valor y eficacia de voluntad testamentaria, para llegar a admitir como testamento cerrado la voluntad testamentaria contenida en un documento electrónico firmado con firma electrónica reconocida. Las nuevas tecnologías permiten que la expresión oral de la voluntad pueda ser grabada y almacenada en un archivo electrónico de audio o de audio y video, que, de conformidad con el art. 3.5 Ley Firma Electrónica (LFE), puede conformar un documento electrónico, que, además, podrá ser firmado con firma electrónica reconocida, y que tiene, según la LEF, «el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los [datos] consignados en papel». En sus afirmaciones razonadas interpretar que lo importante es que la declaración quede «fijada» en cualquier soporte duradero, concluyendo que bien puede interpretarse la expresión normativa del art. 706.1 «El testamento cerrado habrá de ser escrito» por «El testamento cerrado habrá de estar grabado en un soporte duradero».

Estas afirmaciones corroboran la postura que he defendido en otro trabajo <sup>26</sup>sobre la posibilidad de otorgar testamento a través de wasap o audios para circunstancias excepcionales así como la validez de declaraciones de voluntad testamentarias escritas y firmadas digitalmente dirigidas a un teléfono o email, que bien podría ser el de una oficina notarial, para evitar el riesgo de destrucción o pérdida del mismo dado que si éste se considera modalidad especial de testamento abierto, o de testamento ológrafo, eludiendo el inconveniente de que no se inicien los trámites para declarar la validez del mismo, pues en aplicación del art. 690 la persona que tenga en su poder un testamento ológrafo deberá presentarlo ante notario; es decir, el notario al que se ha remitido el testamento deberá iniciar el procedimiento.

#### 4.1.2. Voluntad de testar en el testamento ológrafo

ROMERA COLOMA<sup>27</sup> entiende que el testamento ológrafo debería denominarse autógrafo definiendo al mismo como aquel tipo de disposición de última voluntad que el testador escribe totalmente por su propia mano y lo firma, expresando la fecha. Se trata de una verdadera disposición testamentaria y no meramente de un proyecto, unas notas o la expresión de meros deseos o recomendaciones. Ahora bien, el no tener asesoramiento técnico puede generar muchas dudas e incertidumbres.

<sup>26</sup> SERRANO CHAMORRO, M<sup>a</sup> EUGENIA, «Testamento con medios digitales», en *Cuestiones actuales en materia de mediación, familia y sucesiones*, (dir) García Mayo, Manuel, Wolters Kluwer, 2020 (en prensa) pp 272-283.

<sup>27</sup> Romero Coloma, Aurelia María, «El testamento ológrafo: ventajas e inconvenientes» BIB 2015\2229 Actualidad Jurídica Aranzadi, 2015, n<sup>o</sup> 907.

Muchas personas hacen testamento ológrafo redactándolo sin formalidades, algunas sí mencionan expresamente que el documento que redactan sea su testamento ológrafo, pero en otras ocasiones no se utilizan estas locuciones por lo que se puede dudar si en realidad estamos o no ante un auténtico testamento ológrafo en el sentido de expresión de la última voluntad del otorgante.

La famosa sentencia de 8 de junio de 1918<sup>28</sup> proclama que tanto los códigos como la jurisprudencia universal han cuidado asegurar la libre ordenación de la última voluntad al fijar concretas solemnidades y reglas pertinentes al efecto de reflejar que el testamento es la real y cierta expresión de la voluntad de quien lo otorga. Unas declaraciones muy breves sin firmar, realizada por la esposa a su marido, declaración muy familiar, indicando que es su testamento, designando heredero con el sólo nombre íntimo Pazicos, «todo para ti». El marido en un principio desconocía que hubiera otorgado testamento su mujer, pero unos meses más tarde descubre la carta testamentaria<sup>29</sup> por lo que insta su adveración para solventar la autenticidad del testamento y promueve su protocolización. Si bien los sobrinos de la mujer pretendieron la nulidad del testamento ológrafo, ganaron en primera instancia pero en la Audiencia y en el Supremo se estimó la validez del mismo a pesar de no cumplir todas las exigencias del art. 688 CC como es la falta de la firma de la testadora, escrito en un lenguaje coloquial llama Pazicos a su marido (José).

En la STS de 18 junio de 1994<sup>30</sup>, en su fundamento de derecho (FD) se alude a la capacidad de la testadora así como la voluntad de testar que debe constar de forma expresa.

RIVAS MARTÍNEZ<sup>31</sup> considera necesario que el testador tenga y manifieste en su testamento el propósito cierto de testar, que aunque no lo requiere el CC así se expresa

<sup>28</sup> Sentencia comentada por ESCARTÍN IPIENS, JOSÉ ANTONIO en «Cien años de Pazicos de mi vida», en la Revista de Derecho Civil, vol V, 2018, nº 2, pp 1-8. En ella, el Alto Tribunal declaró la validez y eficacia, como testamento ológrafo, de una carta de amor que dice así:

«Peñafiel, 24 de octubre de 1915. Pazicos de mi vida, en esta mi primera carta de novios va mi testamento, todo para ti, todo para que me quieras siempre y no dudes del cariño de tu Matilde».

<sup>29</sup> Es un claro ejemplo del testamento epistolar, es decir declaración de voluntad de testar contenida en una carta dirigida por el testador a otra persona, normalmente el heredero o beneficiario de la herencia, aunque parte de la doctrina no la considera como tal al no ser una verdadera carta, pues no fue enviada como tal. La confusión proviene de haber sido escrito aprovechando el papel sobrante de una carta de amor

<sup>30</sup> STS de 18 junio de 1994 RJ 1994\6022.

<sup>31</sup> RIVAS MARTÍNEZ, JUAN JOSÉ, *Derecho de sucesiones Común. Estudios sistemático y jurisprudencial*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 476.

en la SAP de Orense de 6 de febrero de 1996, precisamente referida a un testamento ológrafo, al decir:

«[...] la jurisprudencia del Tribunal Supremo interpretando el art. 667 CC ha establecido que al ser el testamento un acto dispositivo de bienes y derecho, no es verdadero testamento el acto que aun presentando forma externa de tal, puede dudarse si constituye un simple esbozo o proyecto y no un acto definitivo, o aquél en que el otorgante se limite a aconsejar o rogar respecto del destino de su patrimonio, en el que no conste con claridad la intención de testar, esto es, de disponer. Y más todavía tratándose de un testamento ológrafo, sin intervención notarial, en el que no existe por parte del testador ninguna manifestación de voluntad coetánea con su otorgamiento en la que se evidencia el *animus testandi*, debe deducirse del contenido del escrito la intención firme de testar para que pueda valer como disposición testamentaria. Y tal *animus testandi* no se deduce del texto manuscrito de la causante, que se limita a exponer un deseo o consejo respecto del destino de un bien determinado, que no puede identificarse con un acto definitivo de disposición para después de la muerte de la declarante. Y así la STS 24 de noviembre de 1958 (en igual sentido las Sentencias 8 de julio de 1940 y 10 de diciembre de 1956) precisa que las admoniciones, ruegos o consejos no pueden equipararse al rango».

También se hace referencia a un testamento epistolar revocatorio de un previo testamento notarial en la STS de 19 de diciembre de 2006<sup>32</sup>: Don Marco Antonio, aquejado de grave enfermedad, se traslada a Francia, desde donde remite

<sup>32</sup> STS(1<sup>a</sup>) de 19 de diciembre de 2006 (RJ 2006/9243), en su F D 2<sup>o</sup> dispone que « la finalidad de la interpretación del testamento es la averiguación de la voluntad real del testador –que es la manifestada en el momento en que realizó el acto de disposición, es decir, en el instante del otorgamiento del testamento (aparte de otras, SSTS de 29 de diciembre de 1997 [ RJ 1997, 9490] y 23 de enero de 2001 [ RJ 2001, 997] )–, sin que el intérprete pueda verse constreñido por las declaraciones o por las palabras, sino que su objetivo ha de ser la de descubrir dicha intención, que prevalece sobre aquellas porque constituye el fin de la hermenéutica testamentaria, según establece el artículo 675 del Código Civil. Interpretado el manuscrito de don Marco Antonio de 16 de febrero de 1994, obrante en la tarjeta de visita, conforme a los criterios recién mencionados, y, principalmente, según los elementos literal o gramatical y de prueba extrínsecos, esta Sala considera la existencia de la voluntad real en éste de la disposición de todos sus bienes para después de su muerte a favor de don Pedro, lo que se confirma con el propio texto de la carta de 17 de febrero de 1994, amén de que aparecen acreditados en las actuaciones los hechos de la ruptura, desde tiempo atrás, de las relaciones sentimentales habidas entre el firmante de esos documentos y doña Irene; el conocimiento que de su última voluntad han tenido varios de los testigos que declararon en el proceso; el cambio de titularidad de la cuenta corriente abierta en la Sucursal número 496 del Banco Central Hispano con el número 4369/1, realizado después de su regreso de París, con la sustitución del nombre de la demandada, determinado conjuntamente con el del fallecido en la misma, por el de don Pedro; la contratación de dos pólizas en la entidad «Mapfre Vida, SA» por don Marco Antonio, asimismo a su vuelta de París, en que nombraba beneficiario a don Pedro; y la amistad que desde la infancia unía a uno y otro. El testamento ológrafo en el Código Civil. En la tarjeta de visita se utiliza la expresión «mi deseo de sustituir», y, según el Diccionario de la Lengua Española, el vocablo «desear» significa «aspirar con vehemencia al conocimiento, posesión o disfrute de una cosa» o «anhelar que acontezca o deje de acontecer un suceso», y la palabra «deseo» expresa el «movimiento enérgico de la voluntad hacia el conocimiento, posesión o disfrute de una cosa»

epistolariamente a Don Pedro una cuartilla manuscrita con fecha 17 de febrero de 1994 en la que declara adjuntarle una tarjeta de visita con «orden» de cambio notarial de nombre de Irene por el de Pedro. La cuartilla cumple todos los requisitos del artículo 688 CC, en cuanto aparece manuscrita toda ella y firmada por el testador, con expresión del año, mes y día en que se suscribe. Remite adjunta a dicho documento su tarjeta de visita, fechándola el día previo (16 de febrero de 1994), en la que manifiesta a Pedro su deseo de sustituir el nombre de Irene, por el de Pedro, en el único testamento notarial otorgado por Marco Antonio... Este segundo documento (la tarjeta de visita) cumple igualmente todos los requisitos del artículo 688 CC, sin perjuicio del anecdótico soporte material elegido para manifestar tan trascendental decisión.

#### 4.2. La capacidad del testador

El testador debe tener capacidad necesaria para testar. La regla general es entender la capacidad de las personas para todos los actos de la vida civil mientras no se pruebe lo contrario. Así se proclama en el art. 662 CC: «*pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente*», señalando los artículos siguientes supuestos lógicos de incapacidad: no pueden testar los menores de 14 años y el que no se hallare en su cabal juicio<sup>33</sup>.

Dado que estamos ante testamentos con reglas especiales hay que completar las peculiaridades de estos tres tipos de testamentos que estamos viendo.

Respecto al testamento ológrafo, la especialidad es que el CC exige que tenga 18 años, mientras que en Cataluña se permite que los menores emancipados puedan también otorgarlo. Se exige que sepan escribir, pues es preciso que esté escrito por el mismo testador.

En el testamento ológrafo se presume la capacidad del causante, aunque puede desvirtuarse posteriormente si así se probase. En ocasiones es el propio testador el que señala que es capaz para dicho acto. No se exige la presencia de testigos, pero si el testador lo estima a bien podría incluir alguno que le diera más solemnidad. Imaginemos que el testador está en su casa y le atiende un cuidador, pudiera pedirle que declare que el testamento se ha otorgado, incluso que custodie el documento y lo entregue al notario de no poderlo hacer el mismo.

<sup>33</sup> De conformidad con el principio del *favor testamenti* debía presumirse, con el carácter de presunción iuris tantum, que toda persona goza de capacidad natural para testar mientras no se demuestre de forma inequívoca y concluyente lo contrario. SAP de Barcelona de 20 marzo. (JUR 2018\103410)

En el testamento en caso de epidemia y en peligro de muerte los testigos tendrán la obligación de conocer al testador y procurarán asegurarse de su capacidad (art. 685. 2 CC). La intervención de testigos en los testamentos ayuda, pero también dificulta, si hay pandemia -actualmente decretada-, ¿cómo busco a cinco o tres testigos? que además deben conocer al testador y emitir un juicio de capacidad. Esta exigencia hace que sea más conveniente otorgar testamento ológrafo. A la dificultad de encontrar testigos se une el que éstos deban conocerlo. Si los hijos y familiares no son testigos idóneos ¿quién podría ser testigo válido? Algunas personas han expuesto que los sanitarios pueden actuar como testigos, pero realmente a mí me parece muy complicado, no dan abasto y su juicio de identidad depende de lo que le diga otra persona, igualmente la capacidad legal no podrá apreciarse en unos minutos que puedan estar con el enfermo. En cambio, sí sería más factible para personas mayores en residencias, aquí el trato es más cercano y se suelen conocer, limpiadores, cuidadores, enfermeros, director de la residencia podrían actuar como testigos que además acreditan que está en su pleno juicio. El problema sería que, en una habitación, normalmente pequeñas, si se guardan las distancias de seguridad no van a poder entrar las tres personas mínimas y por lo tanto mal se van a poder enterar de cuál es su última voluntad, dado que no podrán ponerse juntos los tres testigos; si el testador tiene dificultades para hablar ¿cómo le van a poder escuchar correctamente?

El incumplimiento de la presencia de testigos o de que estos queden enterados de la última voluntad del causante pudiera dar lugar a numerosos casos de nulidad testamentaria, en la fase notarial posterior de dar validez al testamento así otorgado; dependerá muchas veces de si el testamento perjudique a algún posible beneficiario. Hay que extremar las cautelas, lo que no significa que lo más fácil sea denegar sin más esta opción testamentaria, el que una persona tenga una edad avanzada y esté enfermo del covid- 19 no significa que sea incapaz para testar ni que su testamento vaya a ser impugnado.

##### 5. DISPOSICIONES ESPECIALES APLICABLES SEGÚN CADA CASO

El objetivo es marcar alguno de los aspectos más relevantes de estos modelos testamentarios a fin de dar cumplimiento a la voluntad del testador, pues al no existir notario existe bastante riesgo de no observar las formalidades legales exigibles.

En el testamento en caso de epidemia al igual que en peligro de muerte es necesario la búsqueda de testigos, siendo preciso una situación excepcional. Situación que autoriza testar ante testigos idóneos, pero que puede quedar ineficaz por el transcurso de un

plazo que oscila de 2 a 3 meses, en función de si ha cesado el estado de alarma y no ha fallecido o bien se concede un plazo de tres meses desde el fallecimiento para acudir al notario para que lo eleve a escritura pública. Si los testigos no proceden a cumplir este trámite, que queda en sus manos, es como equipararlo a la ocultación del testamento ológrafo, por lo tanto, de nuevo la conveniencia a través de medios digitales, medio más seguro y sólido sobre todo si existiese posibilidad de comunicarlo directamente a la oficina notarial.

Una opción más sencilla, que se puede realizar en cualquier momento y por cualquier causa es acudir al testamento ológrafo, que debe ser escrito de su puño y letra, con una serie de exigencias legales, necesitando la protocolización y adveración notarial posterior si llegara a manos del notario. No se necesita una declaración de pandemia, ni peligro de muerte, se protocoliza presentándolo al notario en los cinco años siguientes al fallecimiento del testador, si bien se deberá presentar por la persona que lo tenga en su poder, en un plazo de 10 días siguientes a que tenga noticia de la muerte del testador. Al respecto RUEDA ESTEBAN<sup>34</sup> aclara que el plazo de diez días se fija para que se incurra en responsabilidad, después de transcurrido sigue vigente la obligación de presentación durante el período de cinco años, dentro del cual puede tener eficacia jurídica el documento testamentario.

Existe la posibilidad de que estos testamentos no alcancen su cometido principal, es decir, cumplir con la última voluntad del testador, bien porque las partes que han intervenido son no idóneas (los testigos parte interesada si son hijos) o bien por hechos de ocultación (si destruyen el testamento o lo ocultan).

Teniendo en cuenta estas circunstancias resulta interesante adaptar la normativa hereditaria a nuevos tiempos, a una sociedad más digital, es preciso permitir para situaciones de peligro de muerte la posibilidad de otorgar testamento por wasap, de audio, que puedas emitir un audio que después se acredite que se ha efectuado por el causante. Si para el testamento ológrafo hay que cotejar la letra, para el testamento por wasap habrá que corroborar que esa voz es del causante. Si el wasap se permite como medio de prueba en muchos juicios del orden penal, laboral, civil, etc ¿Por qué no habría de admitirse para dar cumplimiento a la última voluntad del testador? Un teléfono lo tiene casi todo el mundo, basta este audio para que surta efecto, debiendo acudir a los trámites posteriores, y además con un grado de confidencialidad, sin que las personas que vivan en tu casa se enteren de que el testamento lo has otorgado y con una seguridad de que el testamento va a llegar a su fin, bien porque se lo mandas a

<sup>34</sup> *Idem* RUEDA ESTEBAN, *op. cit.* pag. 508.

una persona de confianza, o bien porque en las notarías se deberían habilitar unos medios para que las personas pudieran hacer uso de los mismos, con la creencia de que al enviárselo al notario éste iniciará los trámites pertinentes.

### 5.1. Testamento en caso de epidemia y testamento en peligro de muerte

El testamento en peligro de muerte aparece regulado entre los preceptos dedicados al testamento abierto, que es uno de los testamentos comunes, como ya he expuesto.

De forma muy breve el CC se refiere a las dos modalidades: «Si el testador se hallare en peligro inminente de muerte, puede otorgarse el testamento ante cinco testigos idóneos, sin necesidad de notario» (art. 700 CC). «En caso de epidemia puede igualmente otorgarse el testamento sin intervención de notario ante tres testigos mayores de dieciséis años» (art.701 CC).

Diríamos que la diferencia prioritaria es el número de testigos. Centrándonos en la existencia del covid-19 y pretendiéndose testar bajo esta forma, deberíamos precisar la conveniencia, siempre que sea posible de un experto legal, un notario ya que se pronuncia sobre la capacidad y aptitud del testador a la par que recoge la última voluntad del causante<sup>35</sup> en presunciones *iuris tantum* de que es el testamento efectuado por una persona capaz y de que en éste se recoge su última voluntad. A fin de cuentas, el notario deberá intervenir posteriormente a fin de adverarlo y protocolizarlo, ya que de no hacerse esta fase ulterior es como que el testamento no hubiera existido nunca.

Tras la declaración del estado de alarma en España por el Decreto 463/2020 de 14 de marzo muchos estudiosos piensan que se ha resucitado al art. 701 de nuestro CC apenas utilizado, permitiendo testar en caso de epidemia con la presencia de tres testigos. Ahora bien, en mi opinión este artículo es realmente difícil de aplicar. Si resulta que las medidas son evitar el contacto con otras personas, guardar las distancias de seguridad, no relacionarse con personas que no vivan en tu misma casa, ¿cómo podríamos encontrar a tres testigos? ¿testigos que además deben ser idóneos? El marido podría testar en presencia de su mujer y sus dos hijos, que son los que viven con él en el domicilio. ¿realmente ha formado su voluntad de testar de forma libre? ¿está presionado por el deseo de sus herederos de facilitar los trámites testamentarios? ¿este testamento valdría? También es distinto el lugar en que te encuentres, si estás hospitalizado tal vez puedan los sanitarios o celadores concederte

<sup>35</sup> *Idem* HORNERO MÉNDEZ.

este deseo, aunque creo que es muy complicado pues su trabajo no les permite realizar esas funciones <sup>36</sup>, el número de muertes tan elevados en hospitales grandes hace que no se pueda llamar a tres testigos, que aunque sean pocos en número, son muchos para las circunstancias que estamos viviendo.

No procede apuntar todas las exigencias del testamento en peligro de muerte, dado que son similares al testamento en caso de epidemia, y como de lo que se trata es de buscar alternativas a la libertad de testar diremos que evidentemente se elegirá la opción del testamento en caso de epidemia del art. 701 CC frente al art. 700 del mismo cuerpo legal; aunque como ya he dicho, esta opción no es factible del todo por el hecho de buscar testigos idóneos, por este motivo me centraré en el requisito de la idoneidad de los testigos, pues entiendo que es dónde se produce el principal inconveniente, y es lo que me lleva a defender el testamento ológrafo en la situación de pandemia actual.

Este testamento presenta serios problemas, la falta de intervención notarial, de una persona que sepa cómo se debe actuar ante tales casos puede llevar a la ineficacia del mismo por faltar las exigencias legales. No basta con buscar los testigos ya que estos deben conocer al testador o asegurarse de su identidad y capacidad. Asimismo, han de tener presencia simultánea a la manifestación de la voluntad. Debe haber unidad de acto desde la manifestación de la voluntad del testador, a presencia de todos los testigos, hasta la comprobación del propósito deliberado de testar, y la escritura y firma del documento. La declaración ha de ser oral, pero es posible que se redacte por escrito, en su redacción deberán constar los testigos intervinientes, se aconseja su redacción escrita, estando en casa es fácil tener papel y bolígrafo, encontrándose fuera del hogar y en situación de caos tal vez sea más difícil su redacción.

#### 5.1.1 Requisitos más relevantes

##### a- Peligro de muerte a efectos testamentarios

Como ya he expuesto, al optar por la modalidad de testamento por pandemia -ante covid-19- no se debería exigir la prueba del inminente peligro de muerte. Bastaría tener una edad media para entender que la vida puede correr un riesgo, o bien unas

<sup>36</sup>*Idem* DE LA FUENTE, [...] apunta la posibilidad de que puedan ser testigos el personal sanitario que le atiende, con el debido equipamiento de protección.

patologías, pues se habla de personas de alto riesgo para tener unas precauciones mayores<sup>37</sup>.

GALICIA AIZPURUA<sup>38</sup> apunta que en estos testamentos será preciso cumplir la exigencia de acreditar que resultó imposible contar con la asistencia de notario, o al menos, no se haya prescindido de ella de una manera discrecional o voluntaria, sino en función de la premura del tiempo disponible, de las circunstancias de alejamiento, de la dificultad en las comunicaciones, o de la no localización inmediata, es decir, justificar una conducta razonablemente explicativa, que será distinta en cada caso concreto (STS 10 de junio de 2005).

MARTÍNEZ ESPÍN<sup>39</sup> afirma que el art. 700 CC contempla una forma excepcional del testamento abierto, para el que deben concurrir circunstancias urgentes y extremas de peligro racional e inmediato de perder la vida. La justificación de la urgencia y necesidad, así como la prueba de estas circunstancias ha de hacerse después. En la situación actual de pandemia, este hecho no será necesario probarse.

Además el notario sólo deja de ser necesario cuando no es posible su intervención<sup>40</sup>, la Instrucción señalada de 20 de marzo de 2020 así lo dispone expresamente, por lo que basta acudir sin más al art. 700 y 701 para entender que se ha actuado legalmente. Dado que este hecho se acredita en España por la declaración de estado de alarma y por dicha Instrucción, no voy a hacer hincapié en esta exigencia.

Sí voy a recalcar que no es lo mismo el no poder acudir al notario para testar o para que se traslade en presencia del testador, normativamente previsto, que el hecho de existir un peligro de muerte, es decir, está pensado para evitar que el causante fallezca intestado, ya que de no fallecer en el plazo marcado por el CC el testamento será ineficaz. Este peligro es el que en la situación española actual no hace falta acreditar ni

<sup>37</sup> RODRÍGUEZ, *Comentario...* en dicho trabajo para el supuesto concreto expone que no es disparatado pensar que cualquiera en esa situación piensa no sólo en el riesgo de muerte inmediata, sino también en la pérdida de capacidad necesaria para testar durante el tiempo en que se dispensen unos tratamientos médicos que quizá no consigan salvar al enfermo. Riesgo que como he dicho, no es preciso acreditar en el estado de alarma.

<sup>38</sup> GALICIA AIZPURUA, GORKA «¿Cuándo hay peligro de muerte a efectos testamentarios?» *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2005, nº. 693, así como Comentario a la sentencia de 10 de junio de 2005: Testamento en peligro inminente de muerte. Injustificada falta de intervención notarial y subsiguiente nulidad, Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil, 2006, nº 70, pp. 593-604. STS de 10 de junio de 2005 (RJ2005/4635).

<sup>39</sup> MARTÍNEZ ESPÍN, PASCUAL, «Comentarios al Código Civil». BIB 2009\1705, Aranzadi, enero, (2009).

<sup>40</sup> SSTS 22 marzo 1983 (RJ 1983/ 1606) y 27 junio 2000 (RJ 2000/5910).

demostrar, es decir, todo testamento debidamente otorgado será válido si se cumplen las demás exigencias legales, el art. 703 CC declara que ambos testamentos quedarán ineficaces si transcurren dos meses desde que el testador haya salido del peligro de muerte o cesado la epidemia.

#### b. Intervención de testigos

Estos testamentos son conocidos como testamentos no notariales en presencia de testigos. No se aconseja su uso, pero en determinadas situaciones puede ser la vía más apropiada.

Los testigos actúan como verdaderos transmisores de la expresión de la última voluntad del testador. Deben ser imparciales en su intervención.

Tras la declaración del estado de alarma en España ha saltado a la luz la oportunidad de resucitar el art. 701 sobre el testamento en caso de epidemia. Ya he expresado mis críticas al respecto, tiene ventajas de ser muy económico (sin coste) pero es que realmente otorgar un testamento está al alcance de cualquier persona. Pero tiene muchos inconvenientes, el principal es encontrar los testigos, si en el caso del covid-19 hay fuertes medidas de confinamiento, de mantener unas distancias, el poder recurrir a tres testigos frente a los cinco del testamento en peligro de muerte, resulta inalcanzable, tal vez uno o dos fuera más sencillo, pero tres testigos idóneos, son muchos en estos momentos.

RIVAS MARTÍNEZ<sup>41</sup> al hablar de la intervención de testigos en estos testamentos expone que tienen una exigencia mayor en su actuación, pues al no intervenir notario los testigos deberán conocer y procurar asegurarse de la capacidad del testador. En cambio, cuando estos intervienen en el testamento abierto no tienen estas obligaciones.

El art 681 y 682 del CC se refieren a la idoneidad de los testigos, que como ya he expuesto, es donde está el verdadero problema, utilizando la lógica, las personas que tienen algún interés en el testamento no podrán ser testigos, así los herederos, legatarios, sus cónyuges, ni parientes más próximos<sup>42</sup>. Hay varias sentencias que

<sup>41</sup> RIVAS MARTÍNEZ, *op.cit.* p. 339.

<sup>42</sup> Art. 681: «No podrán ser testigos en los testamentos:  
Primero. Los menores de edad, salvo lo dispuesto en el artículo 701.  
Tercero. Los que no entiendan el idioma del testador.

declaran la inidoneidad de los testigos, así el Auto de la AP de Madrid de 28 de marzo de 2011<sup>43</sup>.

Recuerda la STS de 10 de junio de 1966<sup>44</sup> que el testamento por su esencia es eminentemente formal y solemne, siendo condición indispensable la idoneidad de los testigos interpretada con criterio restrictivo. Nos habla de que no debe ponerse en peligro su autenticidad, declara nulo el testamento ya que dos de los testigos no están domiciliados en el lugar del otorgamiento. A mi modo de ver una sanción un poco dura, dado que habría que investigar porque se eligieron esos testigos, pues si de lo que se trata es por razones de urgencia salvar la voluntad del testador, el domicilio es una exigencia que no afecta a la capacidad del testigo, pudiéndose encontrar por allí y debido a la necesidad de recabar para el presente caso cinco testigos, salvo que se pruebe que hay interés de los testigos en el mismo testamento, parece demasiado exigente. En la actualidad la presencia de testigos con carácter general en los testamentos se ha visto muy recortada.

Siguiendo a RIVAS MARTÍNEZ destacamos los casos controvertidos de intervención de testigos en el caso de testamento ante el covid-19.

#### a) La pareja de hecho

La jurisprudencia la admite con base en los siguientes fundamentos:

- La ley no la incluye expresamente entre las prohibiciones (art. 681 y 682CC). El estado no se ha pronunciado sobre una equiparación genérica, a todos los efectos, entre matrimonio y parejas de hecho, sino que sólo ha equiparado su trato en puntos concretos y determinados por lo que no puede admitirse una interpretación extensiva de la norma en este aspecto.

---

*Cuarto. Los que no presenten el discernimiento necesario para desarrollar la labor testifical.*

*Quinto. El cónyuge o los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del Notario autorizante y quienes tengan con éste relación de trabajo.»*

Art. 682: «*En el testamento abierto tampoco podrán ser testigos los herederos y legatarios en él instituidos, sus cónyuges, ni los parientes de aquéllos, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.*

*No están comprendidos en esta prohibición los legatarios ni sus cónyuges o parientes cuando el legado sea de algún objeto mueble o cantidad de poca importancia con relación al caudal hereditario»*

Vid. SALAS CARCELLER, ANTONIO, GONZÁLEZ POVEDA, PEDRO, DE LA ESPERANZA RODRÍGUEZ, PABLO, PÉREZ ARIAS, SABELA, LAGO GARMA, ANA Y MÉNDEZ REBOLO, MERCEDES. *Comentarios al Código Civil*, 19 ed, Colex, A Coruña, 2018.

<sup>43</sup> Auto de la AP de Madrid de 28 de marzo de 2011 (AC 2011/478) por intervenir como testigo la tía de la solicitante, hija y favorecida por el testamento.

<sup>44</sup> STS de 10 de junio de 1966 (RJ 1966/3933).

- No cabe una aplicación analógica puesto que no hay identidad de razón entre la institución del matrimonio y la situación fáctica de la convivencia en pareja, y
- finalmente, se apoya en que en materia testamentaria rige el principio de *favor testamenti*.

A pesar de estos razonamientos, mi opinión es contraria a su permisión pues seguramente la pareja va ser beneficiada de ese testamento, por lo que la regla general sería su prohibición, salvo que no reciba nada o bien reciba cantidad de poca relevancia con relación al caudal hereditario.

#### b) Los mudos

La doctrina sostiene, en analogía con lo dispuesto en Cataluña, que pueden ser testigos en los testamentos, si saben leer y escribir.

#### c) Los extranjeros

Se considera que pueden ser testigos por los siguientes motivos:

- la extranjería no se incluye entre las causas de incapacidad (art. 681 CC);
- los extranjeros pueden conocer el idioma del testador;
- los extranjeros gozan en España los mismos derechos civiles que los españoles (art.17 CC).

#### d) Otras incapacidades que no se incluyen en el art. 681 CC son:

- Los que no sepan o no puedan firmar (art. 695 CC).
- En el caso de testamento del enteramente sordo, los que no sepan leer pues se exige que los testigos lean el testamento, según dispone el art. 697 CC.

### 5.2 Testamento ológrafo

Ológrafo está formado por dos raíces griegas: *olos*, que significa completamente, o por entero, y *graphos* que quiere decir escrito, siendo una institución a diferencia de casi todas las sucesorias, de origen griego, y aunque existen algunos precedentes más o menos directos, en el Derecho romano imperial y en el de la Edad Media, constituyendo en el derecho español una innovación introducida, tomando como

inspiración el Código Civil francés<sup>45</sup> El testamento ológrafo es un tipo de testamento que no requiere la intervención de notario en el momento de su otorgamiento, debiendo estar todo él escrito por el testador de su puño y letra, y firmado por el testador al final del mismo, indicando además el día, mes y año en que se otorga.

El testamento ológrafo es el documento privado por excelencia, tanto en su contenido como en su forma.

La base jurídica de este testamento es el artículo 688 del CC:

*«El testamento ológrafo sólo podrá otorgarse por personas mayores de edad.*

*Para que sea válido este testamento deberá estar escrito todo él y firmado por el testador, con expresión del año, mes y día en que se otorgue.*

*Si contuviese palabras tachadas, enmendadas o entre renglones, las salvará el testador bajo su firma.*

*Los extranjeros podrán otorgar testamento ológrafo en su propio idioma».*

TORRES GARCÍA<sup>46</sup> acertadamente indica que todos y cada uno de los requisitos exigidos en el artículo 688 CC deben de ser cumplidos por el propio testador no pudiendo ser suplida su ausencia por el fin que en esta forma de testar están llamadas a cumplir, cada una de ellas. La exigencia de este rigor formal tiene su razón de ser en que al ser únicamente el testador el que interviene en el momento de su otorgamiento no hay ni apreciación de su capacidad ni identificación de su persona, exigencias ambas en los testamentos abiertos, artículos 685 y 686 CC realizadas bien por el notario o por los testigos artículos 700 y 701 CC.

En Cataluña hay alguna pequeña diferencia, al expresar su art. 421-17 como requisitos de validez:

*«1. Solo pueden otorgar testamento hológrafo las personas mayores de edad y los menores emancipados.*

*2. Para que el testamento hológrafo sea válido es preciso:*

<sup>45</sup> ALVENTOSA, *op.cit.* p. 450.

<sup>46</sup> TORRES GARCÍA, TEODORA F. «El testamento ológrafo en el Código Civil». BIB 2011\5618. Estudios y Comentarios Legislativos (Civitas). Tratado de Derecho de Sucesiones Tomo IX. BIB 2011\1188 Editorial Aranzadi, Junio de 2011. Esta autora analiza pormenorizadamente este testamento en «*Del testamento ológrafo*», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* dirigidos por Manuel Albaladejo, tomo IX, vol. 1-A Edersa, 1990, pp 383-484. y «Comentario al art. 688 del CC», *Código Civil comentado*, vol.2, Civitas, 2016.

- a) *Que esté escrito y firmado de manera autógrafa por el testador con la indicación del lugar y la fecha del otorgamiento. Si contiene palabras tachadas, enmendadas, añadidas o entre líneas, el otorgante debe salvarlos con su firma.*
- b) *Que se presente ante el notario competente a fin de que sea adverdado y protocolizado».*

Comparando ambos artículos es preciso indicar que el CC español exige la mayoría de edad frente a la permisión en Cataluña de los emancipados. El CC español no exige que conste el lugar en que se otorgó frente al catalán que si lo precisa. En el CC se permite a los extranjeros testar en su propio idioma, si bien en Cataluña no se indica, al recoger un precepto especial sobre el idioma al testar en el art. 421-12. En el CC el art. 689 exige su presentación al notario dentro de los cinco años siguientes al fallecimiento del testador. En el CC catalán el testamento hológrafo caducará si no se presenta al notario competente en el plazo de cuatro años para que sean adverdados y protocolizados.

Respecto a la firma hay que acudir a la STS (1ª) de 5 de mayo de 2011<sup>47</sup> señalando que no se exige la habitual firma. Su F D 3 expresa:

«[...]es cierto que la doctrina y la jurisprudencia siempre se han referido a la firma "habitual" o "usual", pero nunca lo han hecho en el sentido de que la misma debe ser idéntica a las anteriores sino que no sea una distinta, sin nada que ver con la que utiliza normalmente. Como habitual debe entenderse la que usa en el momento actual, la habitual en el momento presente, en función de la persona y de sus circunstancias (por ejemplo, la edad), sin poder obviar que la firma evoluciona a través del tiempo y no siempre es idéntica en circunstancias distintas. En el caso presente, debe tenerse por habitual la firma de la causante, a la vista de todas las aportadas en documentos anteriores a los autos que, por cierto, tampoco son idénticas entre sí. En todo caso, la firma que obra en el testamento ológrafo de autos cumple su función de requisito *ad solemnitatem* del testamento ológrafo y la general de asunción del contenido de lo expresado en el texto desde el momento en que se ha declarado su autenticidad y autoría».

Y también es de destacar que igualmente doctrina y jurisprudencia (desde la sentencia de 8 de junio de 1918) han considerado siempre un concepto amplio de la firma, sin especiales requisitos formales que irían contra la realidad social e incluso más allá de lo que exige el CC.

Sobre las clases de firma y su forma recoge Rueda una exhaustiva diferenciación<sup>48</sup> si la firma debe ser entera, media firma, solamente con el nombre, una rúbrica, en fin, se

<sup>47</sup> STS (1ª) de 5 de mayo de 2011 (RJ 2012\1101).

<sup>48</sup> RUEDA ESTEBAN, pp 467 y ss. TORRES GARCÍA. *El testamento...op.cit.* pp 414 y ss.

puede tener varias formas de firmar, lo importante es que no exista duda al respecto, como ocurrió en el testamento ya estudiado de 1918 firmando sólo con el nombre.

RIVAS MARTÍNEZ <sup>49</sup>señala unas características como rango diferenciador en el testamento ológrafo:

- La autografía total, esta exigencia se debe a poder tener la plena certeza de que el documento recoge su voluntad testamentaria. Se puede citar la STSJ de Navarra de 31 de octubre de 2008<sup>50</sup> en el recurso interpuesto ante el TS la parte recurrente afirma que la autografía no es un requisito esencial del testamento ológrafo pues contradice el art. 3 CC aludiendo a que hoy en día la forma normal de escribir es mediante ordenador, habiendo caído en desuso la autografía, de modo que la realidad social exige una interpretación acorde con ella. Si bien el Supremo es consciente que en el testamento ológrafo falta el asesoramiento técnico-jurídico acerca de los requisitos esenciales que pueden llevar a la nulidad del mismo; no obstante, goza de indudables ventajas como su sencillez y rapidez al permitir que una persona pueda expresar su voluntad testamentaria de forma inmediata, en atención a las circunstancias concurrentes, surgidas a veces de forma imprevista y grave. Por ello no es cierto que la realidad social imponga la solución que propone el recurso.

- La intervención exclusiva del testador en su otorgamiento, nota verdaderamente diferenciadora del testamento ológrafo en relación a los demás modelos. Solé Judith<sup>51</sup> habla de testamento privado y secreto, sin intervención de autoridad pública, su contenido queda en la estricta privacidad del testador.

Hay que citar la STS de 24 de febrero de 1961<sup>52</sup> que permite otorgar testamento ológrafo a la persona mayor de edad valiéndose de tercero de su exclusiva confianza que dé expresión ordenada y técnica a la declaración de voluntad concebida por la testadora, que luego esta copia o transcribe. En su Cd 2 indica que «[...]una persona, mayor de edad con sólo saber leer y escribir, aun sin cultura amplia, puede, otorgar su testamento en forma ológrafa, valiéndose, de tercero de su exclusiva confianza que dé expresión ordenada y hasta técnica a la declaración de voluntad exactamente

<sup>49</sup> *Idem* RIVAS MARTÍNEZ, pp 472 y ss.

<sup>50</sup> STSJ de Navarra de 31 de octubre de 2008 (. RJ 2009\1450). FD2 expresa el carácter esencial de esta forma testamentaria es la autografía total, junto a la cual cabe destacar otras dos: la no intervención de otra persona en su otorgamiento; y, por otro lado, la no publicidad del mismo, comprensiva no sólo del secreto de la voluntad testamentaria sino incluso del propio otorgamiento del testamento.

<sup>51</sup> SOLÉ RESINA, JUDITH Y GETE-ALONSO Y CALERA, M DEL CARMEN, *Lliçons de dret civil català VII. Dret de successions*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.*op. cit.* p. 65.

<sup>52</sup> STS de 24 de febrero de 1961 (RJ 1961/351).

concebida y querida por la testadora, que luego ésta copia o transcribe, por ser nada más que suya la volición en concreto contenido».

Por firma debe entenderse en principio la que use normalmente el testador no siendo necesario, sin embargo, que se consigne el nombre entero y los apellidos, sino que basta que el testador firme en la forma usual o en la suficiente (aunque no sea la usual) para asegurar la autenticidad del testamento. No es precisa la rúbrica, según la STS de 26 de junio de 1929.

Un problema especial que se ha planteado, es el de si ¿será suficiente y debe admitirse como firma el haber sólo estampado el testador su nombre de pila? El Tribunal Supremo ha abordado este problema en dos sentencias contradictorias: la de 8 de junio de 1918 y la de 5 de enero de 1924 (CJ, T. 161, núm. 6). En la primera, el TS consideró válida la firma «Matilde», en un supuesto ya analizado, mientras que, en la segunda, calificó de excepcional el supuesto de la sentencia anterior, y mantuvo la doctrina de considerar como ordinariamente nulo el testamento firmado con el solo nombre; en este caso la testadora, que se dirigía a sus sobrinos, firmaba «vuestra tía Mariana». Esta última decisión judicial parece bastante discutible, pues la firma, aunque fuera sólo con el nombre de pila, bastaba ampliamente para identificar a la firmante.

Como orientación general se puede indicar que el testamento ológrafo ofrece, en principio, dos indiscutibles ventajas sobre las demás formas de testar: el secreto y la sencillez. En cuanto a su sencillez, afirmar, que es la forma de testar más cómoda y sencilla, muy útil para los enfermos, y para las personas indecisas.

Respecto a los inconvenientes, destaca su secreto o falta de publicidad que puede producir una cierta inseguridad una vez fallecido el testador. RIVAS MARTÍNEZ expone que para evitar estas dificultades que puede ocasionar la falta de publicidad, se ha defendido a veces la conveniencia de exigir el depósito obligatorio del testamento en poder de un funcionario público. Sin embargo, condicionar a este depósito obligatorio la eficacia del testamento ológrafo, equivaldría a privarle de su característica más acusada y de su mayor ventaja: el secreto de su otorgamiento. No obstante, mi opinión, es que esto beneficiaría, no sería obstáculo a su secreto ya que el contenido no se sabe, al igual que no hay que difundir las personas que han acudido a dicho depósito. Es más, de preverse este depósito sería lo ideal para estos momentos de pandemia. Se pueda otorgar en casa y mandarlo al notario a modo de testamento cerrado, que en cierta medida tiene gran semejanza.

## 6. NOTAS COMUNES POSTERIORES AL OTORGAMIENTO DE ESTOS TESTAMENTOS

### 6.1. *Presentación, adveración y protocolización*

Las exigencias posteriores a la validación de los testamentos antes vistos, necesarias e imprescindibles para que surtan efecto, bien podrían unificarse, dado que es en esta última fase donde debe intervenir siempre el notario a fin de adverar y protocolizar estos testamentos, si bien antes de su adveración y protocolización existen diferencias respecto a su presentación.

El CC regula la presentación, adveración y protocolización del testamento ológrafo en los arts. 689, 690, 691, 692 y 693 CC, todos modificados por la LJV y complementados, por los preceptos incorporados a la LN incluidos en el nuevo Título VII. Los arts 703 y 704 CC son de aplicación para el testamento en caso de epidemia y en peligro de muerte.

El art. 703 CC ofrece diferencia en el tiempo de plazo para su presentación y poder iniciar los plazos, frente al testamento ológrafo. En dicho artículo se manifiesta que el testamento quedará ineficaz (testamento en peligro de muerte y en caso de epidemia) si pasaren dos meses desde que el testador haya salido del peligro de muerte, o cesado la epidemia. Amplia este art. poco más el plazo de presentación para el caso de fallecimiento del testador, al decir que también quedará ineficaz el testamento si dentro de los tres meses siguientes al fallecimiento no se acude al notario competente para que lo eleve a escritura pública.

La presentación para el testamento ológrafo distingue en un plazo amplio de cinco años siguientes al fallecimiento del testador de presentación para protocolizarse ante notario y un plazo de responsabilidad menor de 10 días siguientes al conocimiento del fallecimiento del testador por parte de la persona que lo tenga en su poder<sup>53</sup>.

La LLJV ha supuesto una agilización de los trámites judiciales en materia testamentaria, pues entiende que todo testamento debe ser, en última instancia, notarial, y obliga a que los testamentos no notariales sean presentados, adverados, abiertos y protocolizados notarialmente, y no judicialmente.

<sup>53</sup> RUEDA ESTEBAN *op. cit.* pag. 508. TORRES GARCÍA «Del testamento ológrafo», en *Comentarios al CC...* pp 383-484.

El legislador ha optado, pues, por separar la jurisdicción voluntaria de la regulación procesal común, estableciendo una regulación legal sistemática de los diferentes expedientes que se contienen en ella, actualizando y simplificando las normas relativas a su tramitación, optando por el cauce menos costoso y más rápido.

Hay que tener presente que el art. 8 LJV, nos dice que: «Las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil serán de aplicación supletoria a los expedientes de jurisdicción voluntaria en todo lo no regulado por la presente Ley».

Como señala la Exposición de Motivos de la LJV se encomienda a los notarios el conocimiento de aquellas materias donde su grado de preparación y su experiencia técnica favorecen la efectividad de los derechos y la obtención de la respuesta más pronta para el ciudadano. Su participación como órgano público responsable, en el caso de los notarios, tiene lugar en la mayoría de los actos de carácter testamentario sucesorio, como la declaración de herederos abintestato o la adveración y protocolización de los testamentos. Se trasvasa totalmente la competencia del ámbito judicial al extrajudicial notarial. En la jurisdicción voluntaria no existe contienda judicial a diferencia de la contenciosa, pero ambas son jurisdicción y cada una de ellas tiene su respectivo campo de aplicación.

Siguiendo a RIVAS MARTÍNEZ<sup>54</sup> se puede indicar que respecto el testamento ológrafo formalizado con los requisitos del art. 688 CC, tiene el carácter de documento privado, y necesita, para obtener la consideración de documento público y producir sus efectos legales, una serie de formalidades posteriores a su otorgamiento, muy análogas a las que se cumplen con los testamentos cerrados. Estas formalidades son, fundamentalmente, la conservación, presentación, adveración, apertura y protocolización del testamento. Nuestro Código, ha estimado precisa para su validez y garantía de verdad, la protocolización del testamento ológrafo. Para poder llegar a la protocolización el testamento ha de ser conservado y además presentado ante Notario competente.

En la fase de presentación la persona que tenga en su poder el testamento lo acompañará del certificado de fallecimiento dentro del plazo legal. Si está todo correcto se pasa a la adveración que determina que el testamento presentado ha sido escrito y firmado por quien se identifica como testador, se inicia una vez presentado el testamento y acreditada la muerte del causante. Posteriormente se procede a comprobar la autenticidad del testamento e identidad del testador a través del cotejo

<sup>54</sup> *Idem*. RIVAS MARTÍNEZ, pp 516 y ss.

de letras en el testamento ológrafo. Esta fase concluye con su protocolización o denegación. Cumplidas estas formalidades la protocolización además de ser requisito de validez dota de eficacia a un documento privado favoreciendo su conservación.

## *6.2. Breve esquema de los pasos a seguir para obtener la Protocolización de los testamentos ológrafos y testamentos por Covid-19*

ALVENTOSA DEL RÍO Y COBAS COBIELLA<sup>55</sup> señalan que la doctrina entiende que el procedimiento de adveración y protocolización tiene eficacia constitutiva, pues el art. 689 CC ordena que el testamento ológrafo deberá protocolizarse, siendo esta necesaria para la eficacia del testamento. Se mantiene el requisito de la adveración para acreditar la autenticidad del autor, conforme a lo que previene la legislación notarial. Adverado el mismo se procede a la correspondiente protocolización, y al tratarse de un expediente de jurisdicción voluntaria, si no es posible la adveración del mismo, se procederá al archivo, dejando expedito el camino a la vía judicial procedente, tanto haya adveración o no del documento.

Se presentará el testamento junto con los documentos acreditativos de la identidad y del fallecimiento del causante, y, mediante información del Registro Civil y del Registro General de Actos de Última Voluntad, el fallecimiento del otorgante y si ha otorgado otras disposiciones testamentarias<sup>56</sup>.

El notario requerirá para que comparezcan el cónyuge sobreviviente, si lo hubiere, los descendientes y ascendientes del testador y, en defecto de unos y otros, los parientes colaterales hasta el cuarto grado. Si se ignorase identidad o domicilio, la citación se realizará por anuncios. Llegada la fecha, el notario rubricará el testamento en todas sus hojas y se procederá al examen de los testigos y, en su caso, a la prueba pericial caligráfica. Si el notario considera justificada la autenticidad del testamento, autorizará el acta de protocolización y expedirá copia de la misma a los interesados que la soliciten.

- Especialidad en testamento ante testigos.

<sup>55</sup> ALVENTOSA DEL RÍO Y COBAS COBIELLA, M ELENA, *Derecho de Sucesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp 463.

<sup>56</sup> En el día y hora señalados se abrirá el testamento ológrafo, rubricando todas sus hojas. Tres testigos al menos que conozcan la letra y firma del testador declararan sobre su autenticidad, y si hace falta prueba pericial caligráfica.

El otorgamiento de estas formas de testar supone un testamento en forma privada sujeta a plazos de caducidad, a formalidades y trámites posteriores al fallecimiento del testador. Rodríguez señala que el testamento sujeto a formalidades complementarias bajo un plazo de caducidad no es perfecto a los efectos del art. 739 CC en tanto las mismas no se hayan cumplido dentro del plazo señalado<sup>57</sup>. Añade esta autora que el trámite de adveración supone un filtro para el testamento *in articulo mortis*, ya que en el mismo ha de escucharse a los testigos, y de sus manifestaciones se deduce en ocasiones que el testador no se hallaba en peligro de muerte, aunque estuviera enfermo, o que el causante no tenía propósito serio de testar, pues se limitaba a responder a los interrogantes de los presentes sin tomar ninguna disposición de manera voluntaria. De modo que el testamento en inminente peligro de muerte ha de pasar por unos trámites posteriores, bajo sanción de ineficacia, donde pueden ponerse de manifiesto vicios de la voluntad del testador, falta de capacidad, y otras irregularidades. Esta afirmación se puede trasladar al testamento en caso de epidemia. El notario en el acta hará constar que concurrió causa legal para el otorgamiento del testamento en forma oral y que los testigos fueron los que la ley establecía para cada caso concreto. La existencia de causa legal para el otorgamiento del testamento oral es requisito necesario para la protocolización, y ésta para que produzca efectos el testamento.

Presentados ante el notario quien deba y sobre todo los testigos, autorizará el acta cuando además de estar seguro de que concurrían los casos previstos en el Código para su validez, por los testigos y otros motivos, tuviese por acreditado:

- Que el testador tuvo el propósito serio y deliberado de testar.
- Que los testigos oyeron a la vez las disposiciones del testador que querían ser su última voluntad (si hay dudas entre los testigos sólo recogerán las que estuvieron de acuerdo todos, y si ningún testigo se pone de acuerdo se archivara el acta)
- Que el número de testigos y circunstancias fueron suficientes para su validez.

Podrá contar con el apoyo de que el testador hubiera consignado en nota, memoria, o soporte magnético o digital duradero sus últimas disposiciones, que pueden facilitar la labor de los testigos y del Notario pues si están de acuerdo en su autenticidad vale íntegro su contenido como testamento, aunque los testigos no recuerden alguna disposición.

<sup>57</sup> *Idem* RODRÍGUEZ MARTÍNEZ.

Creo que es una ayuda a los testigos, pero serán estos con sus manifestaciones comunes y la decisión del Notario quien justificara la autenticidad del testamento o no para cerrar el acta y protocolizarla dejando a salvo siempre el derecho judicial de los interesados.

Respecto al testamento ológrafo el notario velará que no haya dudas sobre su autenticidad y cumplimiento de todos los requisitos previstos en la ley, en cuyo caso se extiende acta de protocolización y se da copia a los interesados; y si hay dudas no, sin perjuicio de acudir a los Tribunales quien estime sus derechos. Hay que tener en cuenta que la mayor parte de las denegaciones de protocolizaciones se producen por defectos de capacidad del testador al tiempo de la redacción del testamento ológrafo.

#### 7. LÍNEAS FUTURAS DE ACTUACIÓN

Teniendo en cuenta estas circunstancias resulta interesante adaptar la normativa hereditaria a nuevos tiempos, a una sociedad más digital, es preciso permitir para situaciones de peligro de muerte la posibilidad de otorgar testamento por wasap, de audio, que puedas emitir un audio que después se acredite que se ha efectuado por el causante. Si para el testamento ológrafo hay que cotejar la letra, para el testamento por wasap habrá que corroborar que esa voz es del causante. Si el WhatsApp se permite como medio de prueba en muchos juicios del orden pena, laboral, civil, etc ¿Por qué no habría de admitirse para dar cumplimiento a la última voluntad del testador? Un teléfono lo tiene casi todo el mundo, basta este audio para que surta efecto, debiendo acudirse a los trámites posteriores, y además con un grado de confidencialidad, sin que las personas que vivan en tu casa se enteren de que el testamento lo has otorgado y con una seguridad de que el testamento va a llegar a su fin, bien porque se lo mandas a una persona de confianza, o bien porque en las notarías se deberían habilitar unos medios para que las personas pudieran hacer uso de los mismos, con la creencia de que al enviárselo al notario éste iniciará los trámites pertinentes.

Una opción más sencilla permitida en todo el territorio español es acudir al testamento ológrafo, que debe ser escrito de su puño y letra, con una serie de exigencias legales, necesitando la protocolización y adveración notarial posterior si llegara a manos del notario, pues cabría la posibilidad de que los herederos reciban sólo su legítima estricta en virtud de ese testamento y de no existir éste recibieran también algo más por mejora o libre disposición. Existe la posibilidad de que estos testamentos no alcancen

su cometido principal, es decir, cumplir con la última voluntad del testador, por ocultación o destrucción del testamento o por ineficacia del mismo.

El avance del mundo digital es lógico que reciba una respuesta en el mundo jurídico. Si de lo que se trata es de facilitar el tráfico jurídico, y son plenamente válidas las transacciones jurídicas y los contratos con firma digital ¿cómo es posible que no se admita un testamento redactado y firmado digitalmente al igual que puede hacerse un testamento ológrafo con el inconveniente de su pérdida:

Si un mensaje de WhatsApp es plenamente reconocible y válido, en el caso de situaciones extremas debiera permitirse el uso de estos medios condicionado a los trámites exigidos para testamentos otorgados sin intervención notarial. Habrá que estar al caso concreto pues, en cada uno de esos casos, el órgano judicial valorará el contenido de los mensajes junto con el resto de pruebas aportadas, pero no hay que cerrarse a las nuevas alternativas digitales. Hay que verlo como una opción posible, cada uno elegirá el modelo que más confianza le ofrezca, pero debe regularse, conforme a los medios informáticos actuales.

Es obvio que nos encontramos ante un medio de prueba complejo, pues se precisa de otros medios de prueba para verificar su veracidad y autenticidad, en este sentido hay que tener presente el art. 299 de la LEC sobre medios de prueba en juicio, (la denominada prueba electrónica, que es el tipo de prueba al que pertenecen los WhatsApp), entre ellos cita:

*2. "También se admitirán, conforme a lo dispuesto en esta Ley, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso.*

*3. Cuando por cualquier otro medio no expresamente previsto en los apartados anteriores de este artículo pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes, el tribunal, a instancia de parte, lo admitirá como prueba, adoptando las medidas que en cada caso resulten necesarias."*

Este precepto se completa con los arts 382 a 384 de la misma ley precisando su art. 382 que:

*"las partes podrán proponer como medio de prueba la reproducción ante el tribunal de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes. Al proponer esta prueba, la parte deberá acompañar, en su caso,*

*transcripción escrita de las palabras contenidas en el soporte de que se trate y que resulten relevantes para el caso."*

La legislación notarial tras la reforma de la ley de jurisdicción voluntaria efectuada por la Ley 15/2015 de 2 de julio abre la vía a nuevas formas de testamento a fin de dar validez a la última voluntad del testador, siendo el presupuesto que el testador se encuentre en peligro de muerte.

La LN al tratar los expedientes en materia de sucesiones, dedica dos arts el 64 y el 65 a " la presentación, adverbación, apertura y protocolización de los testamentos otorgados en forma oral", precisando que "A la solicitud se acompañará la nota, la memoria o el soporte en el que se **encuentre grabada la voz o el audio** y el vídeo con las últimas disposiciones del testador, siempre que permita su reproducción, y se hubieran tomado al otorgarse el testamento" (64.3). Añadiendo en su art. 65 "Cuando la voluntad del testador se hubiere **consignado en alguna nota, memoria o soporte magnético o digital duradero**, se pondrá de manifiesto a los testigos para que digan si es el mismo que se les leyó o grabó y si reconocen por legítimas sus respectivas firmas y rúbricas, en el caso de haberlas puesto". El legislador parece contraponer dos sistemas (oral y documental y digital por otro) cuando en muchas ocasiones se tratará de un sistema mixto, parte oral y parte en los documentos y soportes entregados, especialmente en el caso de notas del testador.

Si confiamos en la economía del país de forma telemática ¿cómo no vamos a creer en la posibilidad de realizar testamento excepcional en caso de grave e inminente peligro de muerte utilizando medios digitales auténticos y perfectamente conocidos siempre que se den garantías de veracidad. Los juzgados han aceptado como medio de prueba los WhatsApp. La verdadera voluntad, la real, es la que debe presidir en la disposición testamentaria, en muchas sentencias su *ratio decidendi* es la búsqueda de la auténtica voluntad del testador siempre que así se manifieste. Seamos realistas, si la figura de los testigos prácticamente ha desaparecido, no tiene sentido buscar tres o cinco testigos en el testamento oral en caso de epidemia o peligro de muerte -testamento por covid-19-.

Si la Legislación Notarial tras la reforma en 2015 permite que la voluntad del testador "se hubiere consignado en alguna nota, memoria o soporte magnético o digital duradero", "soporte en el que se encuentre grabada la voz o el audio y el vídeo con las últimas disposiciones del testador", si avanza en estos nuevos medios, debe llegar más lejos y trabajar para adaptar nuestras normas al mundo cada vez más digitalizado. Con

un uso adecuado se puede llegar a averiguar la verdadera voluntad del testador realizada en situaciones extremas como es el posible peligro de muerte.

PRATS ALBENTOSA<sup>58</sup>, como ya he indicado, para otro supuesto distinto, pero perfectamente aplicable al que estoy exponiendo sostiene la admisibilidad de la voluntad testamentaria contenida en un documento electrónico o soporte duraderos, expresada tanto mediante imágenes, audio, digital o de cualquier otra forma escrita firmado mediante firma electrónica reconocida, de conformidad con lo previsto en el art. 3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica (en adelante LFE) para el testamento cerrado. Añade que no puede desconocerse el elevado grado de incorporación a la práctica notarial de las nuevas tecnologías, lo que comporta la utilización por el notariado de los sistemas y procedimientos tecnológicos más avanzados desarrollados a propósito para que quede garantizada la seguridad.<sup>59</sup>, Concluye para su fundamento el reconocimiento efectuado en el CC Catalán en su art. 421-14 al aludir al testamento escrito por otros medios técnicos; en su ap. 2 *in fine* : «Si el testamento se ha redactado en soporte electrónico, debe firmarse con una firma electrónica reconocida».

Urge una reforma de nuestro CC en materia testamentaria, el peligro de muerte nunca sabes donde lo vas a encontrar ni cuándo. Las nuevas tecnologías y el gran uso de las mismas pueden acompañarnos en todos los momentos de nuestra existencia. En estas situaciones hay que facilitar dar cumplimiento a la última voluntad del testador, siempre claro está, de que esta persona fallezca, pues lo deseable es que el testamento al ser un acto unipersonal y formal se realice en presencia del notario. Estaríamos ante una excepción a la regla general. Pero el derecho está lleno de excepciones y estas

<sup>58</sup> *Idem*, PRATS ALBENTOSA [...]en el CC se contempla que este testamento pueda ser escrito e incluso firmado por persona distinta del testador. Nivel de seguridad evidentemente inferior al del documento electrónico que contenga una grabación sólo de audio o audiovisual con estampillado de tiempo y firma electrónica reconocida.

<sup>59</sup> Vid. LLOPIS en su blog comenta que de acontecer circunstancias de gravedad el testamento podría estar grabado. Es más, afirma que no es difícil acceder a los metadatos del archivo de audio o video y tener información sobre con qué dispositivo ha sido grabado, conocer el día y hora exacto de dicho registro e incluso dónde se realizó la grabación. Distinción sería el problema del medio para incorporar dicho soporte magnético o digital al protocolo.

Los testamentos otorgados sin intervención notarial, ante testigos, pueden declarar que se otorgó testamento oral, o bien como dice la nueva LJV de forma escrita, pues se permite acompañar a la solicitud de protocolización “la nota, la memoria o el soporte en el que se encuentre grabada la voz o el audio y el vídeo con las últimas disposiciones del testador, siempre que permita su reproducción, y se hubieran tomado al otorgarse el testamento”. Continúa la Ley diciendo que cuando la voluntad del testador se hubiere consignado en alguna nota, memoria o soporte magnético o digital duradero, se pondrá de manifiesto a los testigos para que digan si es el mismo que se les leyó o grabó y si reconocen por legítimas sus respectivas firmas y rúbricas, en el caso de haberlas puesto.

circunstancias pueden existir. Hay que adaptarse al mundo tecnológico de una forma ordenada y coherente requiriéndose una regulación legal en materia testamentaria.

Si nuestro alto tribunal ha admitido como testamento el escrito en el reverso de una carta de amor, o en una tarjeta de visita, ¿cómo es posible que no se adapte a los avances digitales y se permita el testamento a través de medios digitales?

#### BIBLIOGRAFÍA

ALVENTOSA DEL RÍO, JOSEFINA Y COBAS COBIELLA, M<sup>a</sup> ELENA (dir) *Derecho de sucesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

LLOPIS, JOSÉ CARMELO, «¿Admite los testamentos audiovisuales el Proyecto de Jurisdicción Voluntaria?», <http://www.notariallopis.es/blog/i/123/73/blog>, agosto, 2014 [Consulta de 29 de abril de 2020].

DE LA FUENTE SANCHO, A., «Testamento en tiempo de epidemia y ológrafo». Informe oficina notarial marzo (2020). AFS, 30/03/2020. Disponible en

<https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/informes-mensuales-o-n/informe-oficina-notarial-marzo-2020-testamento-en-tiempo-de-epidemia-y-olografo/> [Consulta 1 de mayo de 2020]

ESCARTÍN IPIENS, JOSÉ ANTONIO «Cien años de Pazicos de mi vida», *Revista de Derecho Civil*, vol V, 2018, n<sup>o</sup>2, pp 1-8.

ESPIÑEIRA SOTO, INMACULADA: «El testamento ológrafo y la voluntad de testar». Admin, 01/06/2016. Disponible en

<https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/el-testamento-olografo-y-la-voluntad-de-testar/> [Consulta efectuada el 2 de mayo 2020].

— «La actuación notarial en estado de alarma» <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/opinion/la-actuacion-notarial-en-estado-de-alarma/> [consulta 5 de mayo 2020]

GALICIA AIZPURUA, GORKA: «¿Cuándo hay peligro de muerte a efectos testamentarios?», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2005, num. 693, BIB 2005\2388.

— «Comentario a la sentencia de 10 de junio de 2005: Testamento en peligro inminente de muerte. Injustificada falta de intervención notarial y subsiguiente nulidad», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, 2006, n<sup>o</sup> 74

GARRIDO MELERO, MARTÍN, «Capítulo 9 El testamento y sus formas en *Instituciones de derecho privado*», (dir.) Garrido de Palma, Víctor M, tomo V, vol 3<sup>o</sup>, Civitas Thomson - Reuters, Pamplona, 2018, pp 41-430

GIL RODRÍGUEZ, JACINTO, «Comentario a la sentencia de 4 de noviembre de 2009», *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2010, n<sup>o</sup>. 83, pp 1185-1202.

HORNERO MÉNDEZ, CÉSAR, «¿Cualquiera puede hacer testamento? Comentario a la Sentencia del TS de 24 de noviembre de 2004 (RJ 2004, 7554)». *Revista de Derecho Patrimonial*, 2005, nº 15.

LÓPEZ-GALIACHO PERONA, JAVIER, «La rabiosa actualidad del testamento en caso de epidemia». <https://hayderecho.expansion.com/2020/03/20/la-rabiosa-actualidad-del-testamento-en-caso-de-epidemia/> Hayderecho, blog, 20 de marzo de 2020. [Consulta 27 de abril de 2020].

MARTÍNEZ ESPÍN, PASCUAL, «Comentarios al Código Civil». Aranzadi, enero, (2009), BIB 2009\1705.

NAVARRO COMÍN, JOSÉ LUIS, “La adveración de testamentos en la Ley de la Jurisdicción Voluntaria”, blog, julio 2015. [consulta:3 de mayo 2020]

[www.notariallopis.es/blog/i/1290/73/la-adveracion-de-testamentos-en-la-ley-de-la-jurisdiccion-voluntaria](http://www.notariallopis.es/blog/i/1290/73/la-adveracion-de-testamentos-en-la-ley-de-la-jurisdiccion-voluntaria)

PRATS ALBENTOSA, LORENZO, «Sobre el cambio de paradigma del “soporte” en que la voluntad “testamentaria” quede contenida y su validez. A propósito de la STS 4 de noviembre de 2009», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2012, nº 8, pp 211-219.

RIVAS MARTÍNEZ, JUAN JOSÉ, *Derecho de sucesiones Común. Estudios sistemático y jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M<sup>a</sup> EUGENIA, «Validez del testamento en inminente peligro de muerte y revocación del testamento notarial anterior», *Revista de Derecho Patrimonial* 2006, nº 16, BIB 2006\72.

ROMERO COLOMA, AURELIA MARÍA, «El testamento ológrafo: ventajas e inconvenientes» BIB 2015\2229 *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2015, nº 907.

RUEDA ESTEBAN, LUIS en *Instituciones de derecho privado*, (dir.) Garrido de Palma, Víctor M, tomo V, vol 3<sup>o</sup>, Civitas Thomson -Reuters, Pamplona, 2018, pp 431-536.

SALAS CARCELLER, ANTONIO, «Un caso de ineficacia de testamento otorgado en peligro de muerte. (Comentario sobre la STS, 1<sup>a</sup> de 4 noviembre 2009 (RJ 2009, 5835))», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2010, nº 4.

SALAS CARCELLER, ANTONIO, GONZÁLEZ POVEDA, PEDRO, DE LA ESPERANZA RODRÍGUEZ, PABLO, PÉREZ ARIAS, SABELA, LAGO GARMAN, ANA Y MÉNDEZ REBOLO, MERCEDES. *Comentarios al Código Civil*, 19 ed, Colex, A Coruña, 2018.

SOLÉ RESINA, JUDITH Y GETE-ALONSO Y CALERA, M DEL CARMEN, *Lliçons de dret civil català VII. Dret de successions*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

SERRANO CHAMORRO, M<sup>a</sup> EUGENIA, «Testamento con medios digitales», en *Cuestiones actuales en materia de mediación, familia y sucesiones*, (dir) García Mayo, Manuel, Wolters Kluwer, 2020 (en prensa) pp 272-283.

TORAL LARA, ESTRELLA, "Presente, pasado y futuro del testamento ológrafo", *Estudios de derecho de sucesiones: Liber amicorum Teodora F. Torres García*, coord por Margarita Herrero Oviedo; Andrés Domínguez Luelmo (dir) M<sup>a</sup> Paz García Rubio (dir), 2014. pp 1381-1402.

TORRES GARCÍA TEODORA F.: *El testamento ológrafo*, Montecorvo, Madrid, 1977.

- «Del testamento ológrafo», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* dirigidos por Manuel Albaladejo, tomo IX, vol. 1-A Edersa, 1990, pp 383-484.
- «El testamento ológrafo en el Código Civil». BIB 2011\5618. *Estudios y Comentarios Legislativos, Civitas, Tratado de Derecho de Sucesiones* Tomo I. BIB 2011\1188(2011).
- «Comentario al art. 688 del CC», *Código Civil comentado*, vol.2, Civitas, 2016.

Fecha de recepción: 08.05.2020

Fecha de aceptación: 04.09.2020